المهمات

في شرح الروضة والرافعي

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة

جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي

رحمه الله

ت / ٧٧٢ هـ

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

الجزء السابع

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

المهمات

في شرح الروضة والرافعي

٧

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

9 789953 817408

ISBN 978-9953-81-740-8

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد

كتاب النكاح

الباب الأول
في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره

قوله في أصل « الروضة » :ومن الواجبات على النبي ﷺ الأضحية والوتر والتهجد والسواك والمشاورة على الصحيح في الخمسة . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه يقتضى أن الرافعي حكى خلافًا في وجوب الخمسة عليه وهو فى ما عدا التهجد [صحيح ، وأما التهجد] (١) فلا ، بل المجزوم به في الرافعي وجوبه ، ثم حكى وجهًا أنه نسخ في حقه كما في حق الأمة.

قال : وهو ما أورده الشيخ أبو حامد .

واعلم أن الشيخ أبا حامد قد نقل عن نص الشافعي موافقة هذا الوجه، ونقله في « الروضة » عنه ، وقال : إنه الأصح .

قال : وفي « صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه ، وذكر من « زوائده » في كتاب السير أن الله تعالى فرض من قيام الليل أولاً ما ذكره في أول سورة المزمل ثم نسخه بما في آخرها ، ثم نسخه بالخمس .

الأمر الثاني : أن هذا الكلام يقتضي أن الوتر غير التهجد ، وقد وقع فيه اختلاف صريح في عبارة « الروضة » يعرف بمراجعة ما قدمته في صلاة التطوع فليراجع من هناك .

---

(١) سقط من جـ.

قوله : أما في النكاح فقد أوجب الله تعالى على رسوله تخيير نسائه بين اختياره وبين مفارقته واختيار زينة الدنيا ، والمعنى فيه أنه ﷺ آثر لنفسه الفقر والصبر عليه فأمر بتخييرهن كيلا يكون مكرهًا لهن على الصبر والفقر . انتهى كلامه .

ذكر مثله بعد هذا في الكلام على [الكفاءة] (١) ، وما ذكره من أنه ﷺ اختار الفقر لنفسه ، كيف يصح مع ما ثبت في الصحيحين من رواية عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان يتعوذ من الفقر (٢) ، وقد ذكر هو هذا الحديث قبل هذا الموضع بأوراق في الكلام على قسم الصدقات ، فقال : إنه ـ عليه السلام ـ كان يستعيذ من الفقر ، وقال : « اللهم أحيني مسكينًا » (٣) ، وما ذكره من الدعاء بالمسكنة قد رواه الترمذي وابن ماجة بإسناد ضعيف ولفظهما : « اللهم أحيني مسكينًا وأمتني مسكينًا »، قال البيهقي : وقد روي أيضًا في حديث أنس أنه استعاذ من الفقر والمسكنة معًا .

قوله : وهل حرم على رسول الله ـ ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه؟ فيه وجهان : أظهرهما عند الإمام: أنه لا يحرم . انتهى .

وهذا الذي رجحه الإمام هو الصحيح ،فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير »: إنه أظهر الوجهين والنووي في أصل « الروضة » :إنه الأصح .

---

(١) في جـ : الكفارة .

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٠٧) ومسلم (٥٨٩) .

(٣) أخرجه الترمذي (٢٣٥٢) والبيهقي في « الكبرى » (١٢٩٣١) وفي « الشعب » (١٠٥٠٧) من حديث أنس ﵁ .

قال الترمذي : هذا حديث غريب .

وقال الألباني : صحيح .

وأخرجه ابن ماجة (٤١٢٦) وعبد بن حميد (١٠٠٢) والبخاري في « الكنى » (ص / ٧٥) من حديث أبي سعيد ﵁ وسنده ضعيف .

وأخرجه البيهقي في « الكبرى » (١٢٩٣٠) والطبراني في « الدعاء » (١٤٢٧) وابن عساكر في «تاريخ دمشق » (٣٨/ ١٩٤) من حديث عبادة بن الصامت ﵁ .

قوله : وفي « الجرجانيات » لأبي العباس الروياني ذكر وجهين في أنه هل كان يجوز للنبي ﷺ أن يجعل الاختيار إليهن قبل المشاورة معهن ؟ انتهى .

وهذه المسألة أسقطها النووي من « الروضة » .

قوله : ومن المحرمات الصدقة على أظهر الوجهين على ما سبق في كتاب قسم الصدقات . انتهى .

وحكاية الخلاف في هذه المسألة وجهين تبع فيه جماعة منهم الإمام هنا والطبري صاحب « العدة » والعجلي في « شرح الوسيط » والجرجاني في « الشافي » ، لكن الذي سبق من كلام الرافعي في قسم الصدقات أن الخلاف قولان ، وهو الصواب المذكور في بعض نسخ الرافعي هنا وفي «الروضة » أيضًا ،فقد قال الماوردي في كتاب الوقف :إنهما منصوصان في «الأم» .

قوله : وعد من المحرمات الخط والشعر ، وإنما يتجه القول بتحريمهما ممن يقول : إنه ﷺ كان يحسنهما ، وقد اختلفوا فيه ، والأصح أنه كان لا يحسنهما . انتهى .

وهذا البحث الذي ذكره ضعيف كما نبه عليه في « الروضة »، فإنه لا يمتنع أن يحرم على الشخص ما لا يحسنه حتى يحرم عليه التوصل إليه .

قوله : وكان يحرم عليه ﷺ إذا لبس لأمته أن [ينزعها حتى] (١) يلقى العدو ويقاتل (٢) ، وقيل : كان مكروهًا . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري تعليقًا (٦/ ٢٦٨١) ووصله النسائي في « الكبرى » (٧٦٤٧) وعبد الرزاق (٥/ ٣٦٣) وابن الجارود في « المنتقي » (١٠٦١) وأحمد (١٤٨٢٩) .
والحديث صحيح بشواهده ، والله أعلم .

اللأمة بهمزة ساكنة هي الدرع ،يجمع على لائم كثمرة وثمر وعلى لؤم كرطب ،وهذا الثاني على غير القياس كما قاله الجوهرى، فإنه جمع لُؤمة بضم اللام .

قوله : وفي « الجرجانيات » لأبي العباس الروياني ذكر وجهين في أنه هل كان يجوز للنبي ﷺ أن يصلى على من كان عليه دين؟ وطريقتين في أنه هل كان يجوز أن يصلى مع وجود الضامن ؟ . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » لم يذكر المسألة الثانية ـ أعني مسألة الضامن ـ طريقين كما ذكرهما الرافعي ، بل عبر بالوجهين أيضًا .

الثاني : أن الصحيح فيها ـ أعني في المسألة الثانيه ـ هو الجواز ، فقد قال في « الروضة » من « زياداته » : إن الصواب الجزم به قال : ثم نسخ التحريم فكان النبي ﷺ بعد ذلك يصلى على من عليه دين ولا ضامن له يوفيه من عنده (١) .

قوله : ولا يحل له الكتابية في أصح الوجهين ، ثم قال : ويجرى الوجهان في التسرى بالأمة الكتابية . انتهى كلامه .

وهو وإن كان يقتضي عدم الجواز في التسرى بالأمة لكنه قد أعادها بعدها بقليل .

وقال : إن أظهر الوجهين فيها الجواز فاعلم ذلك ، ولم يذكر هذه الزيادة في « الشرح الصغير » فصار ظاهره مخالفًا لما في « الكبير » .

قوله : ومن المباح له ﷺ اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها ، ويقال لذلك المختار: الصفى والصفية والجمع الصفايا ،

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٧٦) ومسلم (١٦١٩) من حديث أبي هريرة ﷺ .

ومن صفاياه ﷺ صفية بنت حيي اصطفاها وأعتقها وتزوجها ، وذو الفقار . انتهى كلامه .

والذي ذكره من أن صفية بنت حيي من صفاياه قبل القسمة ليس كذلك ، فقد روى مسلم في « صحيحه » (١) عن أنس أنها وقعت في سهم دحية الكلبى واشتراها منه النبي ﷺ بسبعة أرؤس .

وفي « صحيح البخارى » (٢) أن النبي ﷺ أخذها بعد أن وقعت في سهم دحية الكلبي .

وأما ذو الفقار بفاء تفتح وتكسر وبعدها قاف ، وبالراء المهملة فهو سيف كان للنبي ﷺ ، والفقار هي العظام التي في سلسلة الظهر ، ومفرده يقال فيه : فقارة بالفتح والمفتوح جمعه ، وفقرة بالكسر والمكسور جمعه .

قال ابن الأثير في « النهاية » : هي خرزات الظهر، قال : وفي حديث زيد بن ثابت : ما بين عجب الذنب إلى فقارة القفا ثنتان وثلاثون فقارة في كل فقارة أحد وثلاثون دينارًا ، وقد تعرض لأخبار هذا السيف جماعة منهم الطبري في « تاريخه الكبير » والكلبي في « جمهرة النسب » ، وجمع ابن خلكان خلاصة ذلك في تاريخه في الكلام على ترجمة مرثد بن يزيد بن زائدة ، فقال : لما كانت وقعة بدر [وكان ممن حضرها منبه ونبيه أبناء الحجاج القرشي السهمي ، وكانا] (٣) إذ ذاك سيدى بني سهم ، وكان العاص ابن نبيه قد حضرها مع أبيه فقتل هو وأبوه وعمه كفارًا ، وكان هذا السيف له - أى للعاص - فقال الكلبي : إن عليًا ﷺ قتله وأخذ سيفه ، وقال غيره إنه ﷺ أخذه من جملة ما أخذ ، ثم أعطاه لعلى فانتقل في أولاده إلى أن وصل إلى محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين ابن

(١) حديث (١٣٦٥) من حديث أنس ﷺ .

(٢) حديث (٩٠٥) من حديث أنس ﷺ .

(٣) سقط من جـ .

على، ثم إن محمداً المذكور خرج على الخليفة أبى جعفر المنصور العباسي فأرسل إليه جيشًا فانهزم أصحاب محمد وقتل هو في تلك الفتنة ، فلما أحس محمد بالموت دفع ذا الفقار إلى رجل من التجار كان معه ، وكان له عليه أربعمائة دينار ، وقال له خذ هذا السيف فإنك لا تلقى أحدًا من آل أبي طالب إلا أخذه منك وأعطاك حقك فكان السيف عند ذلك الشخص إلى أن ولى جعفر بن سليمان بن على بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ﷺ اليمن والمدينة فوصل إليه الخبر فدعا الرجل فأخذ منه السيف وأعطاه أربعمائة دينار فلم يزل عنده إلى زمان المهدى بن المنصور فاتصل به خبره فأخذه فبقي في أيدى خلفاء بني العباس .

قال الأصمعى : رأيت الرشيد بطوس متقلدًا سيفًا ، فقال : يا أصمعي ألا أريك ذا الفقار قلت: بلى جعلنى الله فداك ، فقال : استل سيفي هذا فاستللته فرأيت فيه ثمانى عشرة فقارة .

قوله : ومن خصائصه أنه لا يورث ماله، لكن هل هو باق على ملكه ينفق منه على أهله كما في حياته أو هو صدقة ؟ فيه وجهان : صحح الإمام الأول ، وقطع أبو العباس الروياني بالثاني لقوله ﷺ : « إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة » (١) **، ثم حكى أبو العباس المذكور وجهين في ما إذا قلنا : إنه صدقة ، هل تكون وقفًا على ورثته ؟ ووجهين إذا جعلناه وقفًا ، هل هو الواقف بقوله في الحديث السابق : « ما تركناه فهو صدقة » . انتهى .**

فيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح أنه صدقة فقد قال في « الشرح الصغير »: إنه المشهور ، وقال في « الروضة » من « زياداته » : الصواب الجزم بذلك ،

---

(١) أخرجه مالك (١٨٠٢) والبخاري (٢٩٢٦) ومسلم (١٧٥٩) من حديث عائشة ﵂ .

وبأنه لا يختص به الورثة ، بل يكون صدقة على المسلمين .

الأمر الثـاني : أن الرافعي قد ذكر قـبل هذا في الباب الأول من كتاب قسم [الفيء] [(١)] والغنيمة أن خمس الفيء كان لرسول الله ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله ، وفي مصالحه ، ولم يكن النبي ﷺ يملكه ولا ينتقل منه إلى غيره إرثًا .

هذا كلامه ، فقد حكم في ذلك الباب بأن جـهة الإنفاق غير مملوكة ، وحكم هنا بأنها مملوكة فـتفطن له ، واجمع بينهما بأن لتلك الجـهة مادتين مملوكة وغير مملوكة ، والخلاف في إحـداهما على أن العمراني قد ذكر في آخر إحياء المـوات من « البيان » عن الشيخ أبى حامد أن بعـضهم قال : إنه عليه الصلاة والسلام ما كـان يملك شيئًا ولا يتأتى منه الملك ، وإنما أبيح له ما يأكله وما يحتاج إليه ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ [مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ] [(٢)] فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ﴾ [(٣)]، وأيضًا فقد أعتق صفية [(٤)] واستولد مارية ، والحديث الذي ذكره الرافعي صحيح .

قوله : وكذلك حكى ـ يعنى أبا العبـاس الروياني ـ وجهين في انتقاض وضوءه باللمس . انتهى .

والراجح الانتقاض فقد قال في « الروضة » : المذهب الجزم به .

قوله : وفي ما حكى صاحب « التلـخيص » أنه كان يجوز له أن يدخل المسجد جنبًا ولم يسلمه القفال ، قال : ولا أخاله صحيحًا . انتهى .

وقد أنكـر ذلك أيضًا إمام الحـرمين فقـال : إنه شيء لا ندري من أين قاله وإلى أى أصل أسنده .

---

(١) في ب : الصدقات .

(٢) سقط من الأصل .

(٣) سورة الحشر : ٧ .

(٤) تقدم .

والذي قالوه غريب فإن مستند صاحب « التلخيص » ما رواه الترمذي عن عطية عن أبى سعيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال لعلى: « لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك » (١) .

قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه .

نعم عطية ضعيف عند جمهور المحدثين .

قال الترمذي : قال ضرار بن صرد : معناه لا يحل لأحد يستطرقه جنبًا غيرى وغيرك .

وقد ضعف في « الروضة » هذا التأويل وسببه أنه يدل على تحريم العبور مع أنه جائز بنص القرآن .

قوله : وحكى صاحب [« التلخيص »] (٢) أنه يجوز له القتل بعد الأمان وخطؤوه فيه . انتهى .

وهذا الذي نقله الرافعي هنا لم يتعرض له في « الروضة » بالكلية .

قوله : وكان له ﷺ أن يزيد على تسع نسوة في أصح الوجهين ، ثم قال: وفي انحصار طلاقه في الثلاث وجهان كالوجهين في انحصار الزوجات في التسع ، ورأى صاحب « التتمة » الانحصار . انتهى .

(١) أخرجه الترمذي (٣٧٢٧) والبيهقي في « الكبرى » (١٣١٨١) والمزني في « تهذيب الكمال » (٩/ ٣٤٤) من حديث أبي سعيد ﷺ .
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وقد سمع مني محمد بن إسماعيل هذا الحديث . فاستخرجه .
وقال الألباني : ضعيف .
وأخرجه البزار (١١٩٧) من حديث خارجة بن سعد عن أبيه سعد ، وقال : وهذا الكلام لا نعلمه يروى عن سعد إلا عن هذا الوجه بهذا الإسناد . . . . ولا نعلم روى عن خارجة بن سعد إلا الحسن ابن زيد هذا .

(٢) سقط من ب .

ذكر في « الشرح الصغير » مثله أيضًا ،وصحح في أصل « الروضة » الانحصار وهو غريب ، فإن كلام الرافعي إن لم يشعر برجحان عدم الانحصار فلا أقل من عدم الشعور برجحان عكسه لمعارضة الأول له .

قوله : وفي انعقاد نكاحه بلفظ الهبة وجهان أظهرهما : الانعقاد ، ولكن هل يشترط لفظ النكاح من جهة النبي ﷺ ؟ فيه وجهان أرجحهما عند الشيخ أبى حامد : أنه يشترط . انتهى .

والأصح ما رجحه أبو حامد ، كذا صححه النووي في أصل «الروضة» .

قوله : في أصل « الروضة » وأكثر هذه المسائل مخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن النكاح في حقه ﷺ هل هو كالتسرى في حقنا ؟ إن قلنا : لا ، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق وانعقد بالهبة ومعناها وبلا ولى [وشهود] (١) ، وفي الإحرام ولم يجب القسم وإلا انعكس الحكم . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله إن قلنا لا سهو وصوابه إن قلنا نعم ، وهو المذكور أيضًا في الرافعي .

قوله : وكان يحل له نكاح المعتدة في أحد الوجهين .

قال في « الروضة » من زياداته: الصواب القطع بامتناعه وغلطوا قائل هذا الوجه .

قوله : وهل كان يلزمه نفقة زوجاته ؟ فيه وجهان بناء على الخلاف في المهر . انتهى .

وهذا البناء يشعر بترجيح عدم الوجوب ، فإنه الراجح في المهر لكن في « الروضة » من زياداته أن الصحيح الوجوب .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وأعتق ﷺ صفية وجعل عتقها صداقها ، فقيل. أعتقها وشرط أن ينكحها فلزمها الوفاء بخلاف غيره، [وقيل : جعل نفس العتق صداقًا ، وجاز ذلك بخلاف غيره] (١) . انتهى .

ذكر في « الروضة » تفسيرًا ثالثًا وصححه وهو: أن معناه أنه أعتقها بلا عوض وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعده .

قوله : ومنها : أن زوجاته اللاتي توفي عنهن محرمات على غيره أبدًا، وفي التي فارقها في حياته كالتي وجد بكشحها بياضًا فردها وكالمستعيذة منه ثلاثة أوجه :

أحدها ويحكى عن نصه في « أحكام القرآن » : أنها حرام .

والثاني : لا .

والثالث ـ وصححه الشيخ أبو حامد ـ : أنها إن كانت مدخولا بها حرمت وإلا فلا . انتهى ملخصًا .

وهذا الثالث صححه الرافعي في « الشرح الصغير » وعبر بالأظهر وقال في « الروضة » من « زياداته » : الأول أرجح ، ولم يذكر ترجيحًا غيره .

والكشح بكاف مفتوحة وشين معجمة ساكنة وحاء مهملة هو الجنب .

وقال الجوهري : ما بين الخصر وأقصر الأضلاع .

قوله : ويشفع في أهل الكبائر .

اعلم أن هذه العبارة ناقصة أو باطلة كما قاله في « الروضة » فإن لرسول الله ﷺ خمس شفاعات :

أولاهن : الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يهرعون

(١) سقط من أ ، جـ .

إليه بعد الأنبياء ، كما ثبت في الحديث الصحيح ، حديث الشفاعة [١] .

والثانية : في جماعات يدخلون الجنة بغير حساب .

والثالثة : في أناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها .

والرابعة : في أناس دخلوا النار فيخرجون منها .

والخامسة : في رفع درجات أناس في الجنة ، والشفاعة المختصة به ﷺ هي الأولى والثانية ، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة . هذا كلام «الروضة» .

قوله : وبعث النبي ﷺ إلى الناس كافة .

اعلم أن التعبير بالناس وقع في القرآن والحديث والنبي ﷺ بعث إلى الإنس والجن والتعبير بالناس يشملهما .

قال الجوهري : والناس قد تكون من الإنس ومن الجن ، وأصله أناس فخفف. هذا كلامه .

قوله : وهو سيد ولد آدم .

اعلم أن التعبير بولد آدم وقع أيضًا في الحديث فعبر به الرافعي رضي الله عنه ، لكن مذهب أهل السنة أنه أفضل المخلوقات على الإطلاق سواء فيه الإنس والجن والملائكة .

قوله من « زياداته » في التكنى بأبى القاسم : وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب :

أحدها : مذهب الشافعي أنه لا يجوز لأحد أن يتكنى به مطلقًا سواء كان اسمه محمد أم لا.

(١) أخرجه البخاري (٣١٦٢) و (٤٤٣٥) ومسلم (١٩٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

ثم قال : الثاني مذهب مالك : أنه يجوز التكنى بأبى القاسم لمن اسمه محمد ولغيره .

والثالث : لمن اسمه محمد دون غيره [هذا لفظه] [(١)] .

والعبارة التي ذكرها في المذهب الثالث سهو فإن حاصلها أنه يجوز لمن اسمه محمد ولا يجوز لغيره وهذا لم يقل به أحد ، والصواب أن يقول والثالث لمن ليس اسمه محمدًا دون غيره أى يجوز لمن لم يسم بمحمد دون من سمى به .

واعلم أن هذا المذهب الثالث هو الصواب الراجح دليلاً فقد قال ﷺ : « من تسمى باسمى فلا يتكنى بكنيتى ومن تكنى بكنيتى فلا يتسمى باسمى » [(٢)] رواه أحمد وأبو داود والترمذي من حديث جابر وقال الترمذي : حسن غريب ، وقال البيهقي في « شعب الإيمان » : إسناده صحيح ، وكذا صححه ابن حبان ، وأخرجه أيضًا من حديث أبي هريرة، وصححه الترمذي من هذا الوجه .

قوله أيضًا من « زياداته » : ومنها : أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء بخلاف الإغماء . انتهى .

والجواز في الإغماء مشروط بكونه في لحظة أو لحظتين كذا في حفظي قديمًا عن « تعليقه » القاضي الحسين عن الداركي من غير مخالفة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٩٦٦) وأحمد (١٤٣٩٦) والطيالسي (١٧٥٠) والبيهقي في « الشعب » (٨٦٣٤) وفي « الكبرى » (١٩١١١) ، والطحاوي في « شرح المعاني » (٦٧٢٩) وابن عساكر في « تاريخ دمشق » (٣/ ٤١) من حديث جابر ﵁ .

قال الألباني : منكر .

قال ـ رحمه الله :

المقدمة الثانية

قوله : الناس ضربان تائق إلى النكاح وغيره ، فغير التائق إذا وجد الأهبة ولم يكن به علة فلا يكره له النكاح ، ولكن التخلي للعبادة أفضل منه، وعكس أبو حنيفة ، وحكى الشيخ ملكداد القزويني في « تعليقه » عن أبي سعيد الهروي وجهًا مثله ، وإن لم يكن منشغلاً بالعبادة فالنكاح أفضل من تركه في أصح الوجهين ؛ لئلا تفضى به البطالة والفراغ إلى الفواحش . انتهي .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الوجه الذي أغرب الرافعي بحكايته قد حكاه الغزالي في « الوسيط » .

الثاني : قال الشيخ عماد الدين إبراهيم بن عبد الوهاب الريحاني في «شرح الوجيز » المسمى « بالموجز » : لم يتعرض الأصحاب للنساء .

قال : والذي يغلب على الظن أن النكاح في حقهن أولى مطلقًا لأنهن يحتجن إلى القيام بأمورهن والتستر عن الرجال ، ولم يتحقق فيهن الضرر الناشئ من النفقة .

واعلم أن التائق : بالتاء المثناة هو المشتاق إلى الشيء المشتهى له .

والبطالة : بفتح الباء والماضي منه بطل بفتح الطاء أى تعطل .

قوله : وفي « شرح مختصر الجويني » أنه إن خاف الزنا وجب عليه النكاح . انتهى .

واعلم أن هذا الوجه لا يقول بتحتم النكاح بل يخير بينه وبين التسري،

وقد نبه عليه في « الروضة » .

قوله : والأولى في المرأة أن تكون بكرًا إذا لم يكن عذر وأن تكون ولودًا منظورًا إليها نسيبة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « إياكم وخضراء الدمن ، قيل : وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء » (١) ،والتي ليست قرابة أولى لقوله ﷺ : « ولا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا » (٢) .أي : نحيفًا ، وذلك لضعف الشهوة . انتهى .

أشار بقوله إذا لم يكن له عذر إلى ما رواه البخاري في « صحيحه»(٣) عن جابر قال : « قال لي رسول الله ﷺ : هل تزوجت يا جابر ؟ قلت : نعم ، قال : ماذا أبكراً أم ثيبًا ؟ قلت : لا بل ثيبًا ، قال : هلا جارية تلاعبك ؟ قلت : يا رسول الله إن أبي قتل يوم أحد وترك سبع بنات فكرهت أن أجمع إليهن جارية خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تمشطهن وتقوم عليهن ، قال : أصبت » .

وخضراء الدِّمن : هي الشجرة الخضراء النابتة في مطارح البحر .

وهي الدِّمن بكسر الدال وفتح الميم جمع دمنة ، شبه بها المرأة الحسناء ذات النسب الفاسد مثل أن تكون بنت الزنا ،والحديث المذكور رواه الواقدي بإسناده عن أبي سعيد والواقدي ضعيف ، وهذا معدود من

---

(١) أخرجه الشهاب في « مسنده » (٩٥٧) والرامهرمزي في « أمثال الحديث » (٨٤) من حديث أبي سعيد ﷺ .

قال الدارقطني : لا يصح .

وقال السخاوي : تفرد به الواقدي .

وقال الألباني : ضعيف جدًا .

(٢) قال ابن الصلاح : لم أجد له أصلاً معتمدًا .

وقال الألباني : لا أصل له مرفوعًا .

(٣) حديث (٥٠٥٨) و (٦٠٢٤) .

أفـراده، كذا قـاله ابن الصـلاح في « مشكل الـوسيط » ، قـال : وأمـا الضـاوي فـهو بتـشـديد اليـاء ، قـال الجـوهرى : غـــلام ضـاوي وزنه فاعـــول إذا كان قليل الجسم وقد ضـوي بالكسر يضوي ضوًا بفتح الضاد مقصور وهو الهزال قلت : وأصل الضاوى بالتشديد ضاووي فأجمع الواو والياء وسبق أحدهما بالسكون فقلبـنا الواو ياء وادغمتا ثم قلبنا ضمة الواو كسرة ليسهل الانتقـال إلى الياء ، قال ابن الصلاح : ولم أجد الحديث في أصل يعتمد .

واعلم أن عبارة الرافـعي لا يؤخذ فيها الأولى في الأجنبـية مع القرابة غير القـريبة ، وقد صرح في « الروضة » من « زوائـده » بأن القريبة أولى وهو مقتضى كـلام جماعة ، لكن ذكر صاحب « البـحر » و « البيان » أن الشافـعي نص على أنه يستحب له أن لا يتـزوج من عشيـرته ، فإن الولد يجيء أحمق .

قال : وقد رأينا جماعة تزوجوا من عشائرهم فجاءت أولادهم حمقى، وقد أهمل الرافعي من المستحبات أن تكون عاقلة .

قال في « التتمة » : وأن لا يكون معها ولد من غيره إلا لمصلحة ،لأن رسول اللـه ﷺ تزوج أم سلمة ومـعها ولد أبى سلـمة للمصـلحة ، وأن تكون بالغة كما نص عليه الشـافعي ، فهذه المواضع ذكرها في « الروضة » وضم إليها أن تكون جميلة .

وقد يقـال : لا حاجـة إليـه ،لأن المنظور إليهـا قد يغني عنه والـعقل المذكـور هنا يتجـه أن يكون المراد به العـقل العـرفي وهو زيادة على مناط التكليف .

ويستـحب أيضًا أن تكون خفـيفة المهـر حسنة الخلق قـاله الغزالي في «الإحياء » .

ويستحب العقد في المسجد ، وأن يحضره جمع من أهل الخير والصلاح كما قاله ابن الصلاح .

قوله من « زوائده » : والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة . انتهى .

وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في أول كتاب النفقات فقال : ذكر الشافعي هاهنا استحباب الاقتصار على امرأة واحدة .

وقال الماوردي : هذا إذا كان يكفيه واحدة ومن لا يقنع بالواحدة لقوة شهوته فالأولى به الزيادة ،هذا كلام الرافعي وحذفه النووي من «الروضة » هناك فلم يصر لها ذكر في ما يخصه من كلام الرافعي ، وهذا الذي ذكره الماوردي قد ذكر مثله أيضًا الغزالي في «الإحياء» .

قوله : ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهرًا وبطنًا ولا ينظر إلى ما سواهما لأنه عورة ، وهي تعد أجنبية . انتهى .

وهذا التعليل قد حذفه النووي من « الروضة » وهو يقتضي اختصاص هذا الحكم بالحرة فقد صحح الرافعي في الأمة أنه ينظر منها من غير حاجة لما ينظره الرجل من الرجل فمع حاجة النكاح أولى ، وقد صرح به ابن الرفعة فقال :إنه مفهوم كلامهم فيتجه استحبابه على قولنا : إن النظر إلى وجه الحرة وكفيها مستحب لا مباح وهو الصحيح .

قوله : وأما وقت النظر فالأظهر أنه ينبغي أن يكون بعد العزم على نكاحها إن ارتضاها ، وقيل : الخطبة لأنه لو كان بعد الخطبة وتركها شق عليها . انتهى .

واعلم أن ما رجحه الرافعي معارض بالحديث والمعنى .

أما الحديث : فروى البيهقي عن جابر أن النبي ﷺ قال : « إذا خطب

أحدكم المرأة فقدر على أن يرى منها ما يعجبه ويدعوه إليها فليفعل »[١] ، فدل على أن النظر بعد الخطبة .

وأما المعنى : فلأنه لو رآها قبل ذلك فقد تعجبه ولا تجيبه هي أولا يجيبه أهلها فيشق عليه بل يتضرر .

قوله في النظر لغير حاجة النكاح : وإن لم يخف من النظر إلى الوجه والكفين فوجهان : قال أكثر الأصحاب سيما المتقدمين : لا يحرم لقوله تعالى : ﴿ وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾[٢] وهو مفسر بالوجه والكفين . انتهى .

خالفه في « المحرر » فقال : أولى الوجهين المنع ، والصواب هو الجواز لتصريحه في « الشرح » بأن الأكثرين عليه ، وقد وقع هذا الاختلاف أيضًا بين « الروضة » و « المنهاج » على وجه غريب فإنه عبر في « المنهاج » بالصحيح ، واصطلاحه فيه أن يكون مقابله وجهًا ضعيفًا ، وإذا استحضرت مثل هذه المواضع علمت أن ما ادعاه في خطبة « المنهاج » من كون الرافعي قد التزم في « المحرر » أنه ينص على ما صححه معظم الأصحاب وأنه قد وفى بما التزمه ليس كذلك ، ولم يصرح في « الشرح الصغير » في هذه المسألة بترجيح .

قوله : وإذا رددنا الكلام إلى أن المنظور إليها هل يلزمها الاحتجاب من الصبي ... إلى آخره .

هذا الكلام يوهم أن جعل الصبي كالبالغ في النظر معناه أنه يلزم المرأة الاحتجاب عنه لا غيره من المعاني وليس محصورًا في ذلك ، بل إذا قلنا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٢) وأحمد (١٤٦٢٦) والحاكم (٢٦٩٦) وابن أبي شيبة (٤/ ٢١) والبيهقي في « الكبرى » (١٣٢٦٥) والطحاوي في « شرح المعاني » (٣٩٦٠) من حديث جابر ﷺ .
قال الألباني : حسن .

(٢) سورة النور : ٣١ .

به فيلزم الولى أن يمنعه من النظر كما يلزمه أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات، وقد نبه على ذلك في « الروضة » .

قوله : والمخنث هو المشبه بالنساء إلى آخره .

اعلم أن المخنث بكثر النون وفتحها يقال : خنث الرجل بالتشديد إذا تشبه فهو مخنث ،كما نقول حدث فهو محدث وخبر فهو مخبر لكن الفتح أشهر ، وإن كان الكسر أفصح قاله النووي في « تهذيب الأسماء واللغات» .

قال الجوهري : الانخناث هو التثني والتكسر ،والاسم منه الخنث بضم الخاء والإسكان قال : وتقول : خنَّثت الشيء بالتشديد فتخنث أي عطفته فانعطف ، والخنث بفتح الخاء وكسر النون هو المسترخي المتثني .

قوله : مملوك المرأة محرم لها عند الأكثرين . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن النووي قد صحح التحريم في نكت له على « المهذب » وكذلك ابن الرفعة في « المطلب » .

الثاني : أن [القول] (١) بالجواز له شرطان :

أحدهما : أن يكون العبد ثقة فإن كان فاسقًا فلا ، كذا ذكره البغوي في تفسير سورة النور وهو ظاهر ، وقياس المرأة كذلك وصرح به الهروي في تفسيره وهو معدود من الشافعية .

الثاني : ألا تكاتبه المرأة فإن كاتبته فليس بمحرم ، فقد صرح الرافعي به في عكسه وهو ما إذا كاتبَ الرجل أمته فقال :لا يحل له النظر إليها ، وصرح به في مسألتنا القاضي الحسين ونقله عنه في « الروضة » من

(١) سقط من أ .

زياداته » ، ورأى ابن الرفعة في « المطلب » تخريج وجهين فيه ، وقد ذهب إلى الجواز أبو نصر ولد الأستاد أبى القاسم القشيرى .

[**الأمر الثالث** : أن المبعض هنا حكمه حكم الأجنبي، صرح به الماوردي في شروط الصلاة ، وذكر الرافعي في الأمة المشتركة نحوه فإنه جزم بتحريم نظر الشريك لما بين السرة والركبة ، وحكى فيما عداه وجهين ، وصحح الجواز وتابعه عليه في «الروضة» وهو مخالف لتصحيحه أن الأمة كالحرة] (١) .

الأمر الرابع : أن إطلاق المحرمية غير مستقيم فإن مس كل واحد منهما للآخر ناقض بشرطه بلا نزاع فالصواب التعبير بجواز الخلوة والنظر ونحوهما لا بالمحرمية، أو يقال إنه كالمحرم في ذلك .

قوله : ولا يحرم النظر إلى الأمرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة ، وإن خافها حرم عند الأكثرين زاد في « الروضة » فقال : أطلق صاحب «المهذب» وغيره أنه يحرم النظر إلى الأمرد بغير حاجة ،ونقله الداركي عن نص الشافعي رضي الله عنه . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي قاله النووي ليس صريحًا في ذهابه إلى التحريم لكنه قد صرح بتصحيحه في « المنهاج » وفي مواضع من « شرح المهذب » فقال : الصحيح أنه يحرم النظر بغير شهوة ، ونص عليه الشافعي ، والذي ادعاه من تنصيص الشافعي عليه [غير] (٢) صحيح ، بل الصادر من الشافعي على ما بينه هو في « الروضة » إنما هو إطلاق يصح حمله على حالة الشهوة وأن هذا النوع أيضًا مما يوصف بتحريم النظر .

---

(١) بياض في أ .

(٢) سقط من أ .

الثاني : أن الأمرد المذكور شرطه أن يكون حسنًا، كذا قيده النووي في «رياض الصالحين» .

قوله : وفي نظر الذمية إلى المسلمة وجهان :

أصحهما عند صاحب « الكتاب »: أنه كنظر المسلمة إلى المسلمة .

وأصحهما : عند صاحب « التهذيب »: المنع لقوله تعالى ﴿ أو نسائهن﴾ وليست الذميات من نسائهن . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح ما صححه البغوي كذا صححه النووي في «فتاويه » و « زيادات الروضة » قال : وسائر الكافرات كالذمية في هذا كما ذكره صاحب «البيان» .

الأمر الثاني : قال الشيخ عز الدين ابن عبد السلام في تفسيره : إن الفاسقة حكمها حكم الذمية في ذلك .

قوله : القسم الرابع : نظر المرأة إلى الرجل وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يجوز لها أن تنظر إلى ما يبدو عند المهنة دون غيره .

والثاني : أنها لا ترى إلا ما يرى الرجل منها .

والثالث : وهو الأصح أنه كنظر الرجل إلى الرجل . انتهى ملخصًا .

والذي صححه الرافعي هنا قد ناقضه في كتاب الصلاة في الكلام على شرائطها في مسألة وصل الشعر ، فإنه جزم هناك بأن المرأة يحرم عليها النظر إلى شعر الرجل ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل ولا المرأة المرأة ، وإن كان كل واحد منهما في جانب الفراش لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : «لا يفضي الرجل إلى الرجل في الثوب ، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في

الثوب»[(١)] انتهى كلامه .

وما ذكره من التحريم مشروط بما إذا كانا عاريين كما ذكره النووي في « شرح مسلم » ،وصرح به أيضًا جماعة منهم القاضي الحسين في تعليقه، والخوارزمي في « الكافي » فقال : فإن كانا لابسين أو أحدهما فلا بأس هذه عبارته .

قوله : في أصل « الروضة » : وقد يحرم المس [حيث لا يحرم] [(٢)] النظر فيحرم مس وجه الأم ، وإن جاز النظر إليه [ومس كل ما جاز النظر إليه] [(٣)] من المحارم والإماء ، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ولا أن يقبل وجهها . انتهى كلامه .

وتعبيره عطفًا على التحريم بقوله : « ومس كل ما جاز النظر إليه » حاصله أن جميع ما يجوز النظر إليه من المحارم يحرم مسه حتى يحرم مس وجه الأم ويدها ورجلها ، وهو غلط عجيب مخالف لإجماع الأمة ، وهذا الغلط حصل من سوء اختصاره لكلام الرافعي ، فإن الرافعي عبر بقوله ، وقد يحرم المس حيث لا يحرم النظر فلا يجوز للرجل مس وجه الأجنبية ، وإن جوزنا النظر إليه ،ولا مس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء لا يجوز للرجل مس بطن أمه ، هذه عبارة الرافعي ـ رحمه الله ـ وحاصلها أنه لا يجوز مس الكل بل البعض ، وهو بمثابة قولنا لا يجوز للإنسان أن يتزوج كل امرأة وهو المسمى بسلب العموم المشروط بتقدم النفي ، فعبر النووي عنه بالإثبات فقال : يحرم ،وأسنده إلى كل فرد وهو المسمى بعموم السلب فوقع في الغلط وركاكة اللفظ حيث عبر بقوله : لا

---

(١) أخرجه مسلم (٣٣٨) وأبو داود (٤٠١٨) والترمذي (٢٧٩٣) وابن خزيمة (٧٢) وابن حبان (٥٥٧٤) والطبراني في « الكبير » (٥٤٣٨) وفي « الأوسط » (٣٦٨٠) ، وأبو يعلى (١١٣٦) من حديث أبي سعيد ﷺ .

(٢) في جـ : دون .

(٣) سقط من أ .

بل لا يجوز كذا .

قوله : وتكره المعانقة والتقبيل إلا تقبيل الولد للشفقة . انتهى .

وهذه العبارة ناقصة ، والحصر باطل فـإن معانقة القادم من السفر سنة أيضًا ، أما التقبـيل فسنة أيضًا في القادم ، وكذلك تقبيل الصـغار للشفقة سواء كان ولده أم ولد غيره ، قد نبه على ذلك النووي في « الروضة » .

قوله : ومنها : إذا عامل امرأة ببيع أو غيـره، أو تحمل شهادة عليها جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها . انتهى كلامه .

وما ذكره من الاقتصار على الوجه تابعه عليه في « الروضة » وهو غير مستقيم فقد تقدم أنه يجوز النظر إلى الكفين عند الأكثرين لا لحاجة فكيف ينفيه مع هذه الحاجة ؟ .

ولو خاف [الناظر][(١)] لتحمل الشهادة من الفتنة ،قال الرافعي في الباب الثاني من أبواب الشهادات: يشبه أن يقال : إن لم يتعين لم ينظر وإن تعين فينظر ويضبط نفسه .

---

(١) في جـ : النظر .

المقدمة الثالثة في « الخطبة »

قـوله في « الروضة » : ثـم إن المرأة إن كانت خليـة عن النكاح والعـدة جازت خطبتها وإن كانت معتدة ... إلى آخره .

ثم قـال ما نصـه : ثم سـواء كـانت العدة في هـذه الصورة بالأقـراء أو بالأشهر ؛ وقيل : إن كانت بالأقراء حرم . انتهى .

ومراده أن الحكم في هذه الصور سواء لا يختلف ، والتركيب المذكور غير مستقيم ولو عبر « بالكون » عوضًا عن « كان » لاستقام، فإنه حينئذ يكون مبتدأ وسواء خبر مقدم .

قـوله : والتصـريح في الخطبة [أن يقـول] (١) أريـد أن أنكـحـك وإذا حللت فـلا تفوتى على نفـسك ، والتعـريض ما يحتـمل الرغبـة في النكاح وغيرها كقوله : أنا راغب فيك ... إلى آخره .

تابعه عليه في « الروضـة » وهو يوهم أنه لو قال: إني راغب فيك لم يكن تعريضًـا ، وليس كذلك ، بل حـاصل ما في « الأم » للشـافعي أنه تعـريض فإنه روى بسنده إلى القـاسم بن مـحمـد في باب التعـريض في النكاح أن التعريض كذا وكذا ، وذكـر من جملته : إني راغب فيك ، ثم قال ـ أعني : الشافعي ـ بعد نقله : إنه كثير ، وإن القاسم ذكر بعضه .

قولـه : وأما صـاحب العدة الذي يحل له نكاحـها فـيهـا فله التصـريح بخطبتها . انتهى .

والتقييد بحل النكاح في العـدة للاحتراز عن من لا تحل كالمطلقة ثلاثًا ولـم يتعـرض هو ولا النووي في « الروضة » لبـيان حكمـه ولا يقال : إنه كغيـره مطلقًا ،فإن المطلق ثلاثًا لا يجـوز له نكاحها بعد انقـضاء العدة بل لابد من المحلل ، والملاعن حرمته مؤبدة .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وتحرم الخطبة على خطبة غيره بعد تصريح الإجابة كقولها أجبتك إلى ذلك ، فإن ذكرت ما يشعر بالرضا كقولها لا رغبة عنك ، لم يحرم على الجديد ، ولو لم يوجد إجابة ولا رد فقيل يجوز قطعًا ، وقيل بالقولين . انتهى ملخصًا .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا كله في غير البكر ،أم البكر فسكوتها كصريح إذن الثيب ، كذا نص عليه الشافعي في كتبه الجديدة ، فقال في « الأم » في باب النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ما نصه : فوجدنا الدلالة عن رسول الله ﷺ على أن النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه إذا كانت المرأة راضية ،قال : رضاها إذا كانت ثيبًا أن تأذن بالنكاح بنعم ، وإن كانت بكرًا أن تسكت فيكون ذلك إذنًا . هذا لفظ الشافعي بحروفه ومن « الأم » نقلته .

الأمر الثاني : حيث اشترطنا التصريح بالإجابة فلابد معه من الإذن للولى في زواجها له، فإن لم تأذن في ذلك فلا يحرم كذا نص عليه الشافعي في « الرسالة » في باب النهي عن معنى يدل عليه معنى في حديث غيره .

الأمر الثالث : أن شرط التحريم أن تكون الخطبة الأولى جائزة، فإن كانت محرمة كالواقعة في العدة لم تحرم الخطبة عليها ،كذا ذكره الروياني في « البحر » .

الرابع : نص في « الأم » على أن المرأة لو أذنت لوليها أن يزوجها ممن يشاء صح وحل لكل أحد أن يخطبها على خطبة الغير ، كذا نقله عنه الروياني في « البحر » ، واستفدنا منه أن شرط تأثير إذنها في التحريم أن يكون الإذن في شخص معين ، وإلا فالإذن المعتبر قد وجد منها .

قوله : تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد تصريح الإجابة إلا إذا أذن

الغير أو ترك ، قال الأئمة : والمعتبر رد الولي وإجابته إن كانت بكرًا، والولي الأب والجد دون ردها وإجابتها ، ورد المرأة وإجابتها إن كانت ثيبًا أو بكرًا ، والولي غيرهما دون رد الولي وإجابته . انتهي .

تابعه في « الروضة » على هذا الإطلاق وهو غير مستقيم فإنه إذا كان الخاطب غير كفءٍ يكون النكاح متوقفًا على رضى الولى والمرأة معًا ، وحينئذ فيعتبر في تحريم الخطبة إجابتهما معًا ، وفي الجواز ردهما أو رد أحدهما ، وأيضًا فينبغي في ما إذا كانت بكرًا أن يكون الاعتبار بالولى مخرجًا على الخلاف فيما إذا عينت كفؤًا وعين المجيز كفؤًا آخر ، هل المجاب تعيينها أم تعيينه ؟ .

واعلم أن هذا التقسيم كله ماشٍ على الغالب في خطبة النساء للرجال، وقد نصوا على استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال ، فإذا وقع ذلك فلا شك أنه يأتي في التحريم ما سبق في المرأة .

قوله : فرع : يجوز الهجوم على خطبة التي لم يدر أنها خطبت أم لا، ولو خطبت ولم يدر أن الخاطب أجيب أم لا ، وكذلك الجواب واحتج له بخبر فاطمة بنت قيس ، وذلك أن زوجها طلقها فبت طلاقها فأمرها النبي ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وقال لها : إذا أنت حللت فآذنينى ، فلما حلت أخبرته أن معاوية وأبا جهم قد خطباها فقال النبي ﷺ: «أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحى أسامة » (١) .

والاستدلال أنه خطبها لأسامة بعد خطبة غيره لما لم يعلم أنها أجابت أو ردت . انتهى .

---

(١) أخرجه مالك (١٢١٠) ومسلم (١٤٨٠) وأبو داود (٢٢٨٤) والترمذي (١١٣٤) والنسائي (٣٢٤٥) وأحمد (٢٧٣٦٨) وابن حبان (٤٠٤٩) والحاكم (٦٨٨٢) .

وهذا الذي قاله لا دلالة له فيه لأن النبي ﷺ نصحها ، ونهاية الحال أن يعلم عليه الصلاة والسلام أنها أجابت ، ومع العلم بذلك لا يترك النصح الواجب وإرشادها إلى ما هو خير لها .

قوله : ولا فرق في تحريم الخطبة على الخطبة بين أن يكون الخاطب الأول مسلمًا أو ذميًا، ثم قال : وعن أبي عبيد بن حربويه: أنه يختص بالمسلم وطرده في السوم . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي من طرد هذا الوجه في السوم على السوم لم يذكره في « الروضة » لا هنا ولا في بابه فاعلمه .

قوله : الثانية: يجوز الصدق في ذكر مساوئ الخاطب لتحذر ،لخبر فاطمة بنت قيس السابق ، وكذا إذا أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركة ونحوها . انتهى ملخصًا .

تابعه عليه في « الروضة » **وفيه أمور :**

أحدها : أن جواز ذكر المساوى محله إذا لم يحصل الغرض بدون التفصيل كقوله لا يصلح لك معاملته أو مصاهرته أو لا يفعل هذا أو نحو ذلك .

فإن حصل وجب الاقتصار عليه ، ولا يجوز ذكر ما فيه من العيوب، صرح به النووي في « كتاب الأذكار » .

الثاني : أن التعبير بالجواز مشعر بعدم وجوب الذكر ، وسيأتي من كلام النووي ما يقوي ذلك أيضًا ، وليس كذلك فقد جزم في « الأذكار » بأنه يجب على المستشار ذكر المساوي، وصرح به أيضًا في «رياض الصالحين» ، وفي « شرح مسلم » في باب المطلقة البائن لا نفقة لها فقال ما نصه : ولا يكون هذا من الغيبة المحرمة ، بل من النصيحة الواجبة ، وذكر في « الروضة » في كتاب البيع من « زياداته » مثله ، وكذلك الشيخ

عز الدين بن عبد السلام .

ولو استشير في أمـر نفسه فهل يجب عليه الإخبار بعيـوبها أم يستحب أم لا يجب ولا يستحب ؟ فيه نظر ، وعموم كلام الرافعي والنووي يقتضي الذكر .

واعلم أن مقتضى جواز تعاطي مـا تقدم لأجل النصيحة جواز إصلاح الخطأ من الكتب المستـعـارة ، لكن رأيت في « الزيادات » للعبـادي أنه لا يصلحه ، قال : إلا أن يكون قرآنًا فإنه يجب عليه ذلك .

الثــالث : أن ما قالـه الرافعي من جواز ذكر الشـخص بما يسوءه عند الحاجة ، وذكر مثله أيضًا في أول النفـقات فقال : ويجوز لمن منع حقه أن يشكو ويتظلم ، وذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجة، هذا كلامه .

وذكر في « الروضة » وفي غيرها تفـصيل ما دخل بطريق الإجمال في تعبير الرافعي فقال : **الغيبة تباح بستة أسباب** :

أحــدها : التظلم فيـجوز للمظلوم أن يتظلم إلى السـلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافـه من ظالمه فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا .

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر ورد العاصي إلى الصواب فيقول لمن يرجو قـدرته على إزالة المنكر : فلان يعـمل معي كـذا فازجره عـنه ونحو ذلك .

الثــالث : الاستفتاء بأن يقـول للمفتي : ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا ، فهل له ذلك أم لا ؟ وما طريقي في الخلاص منه ؟ .

الــرابــع : تحذيـر المسلمين من الشر، وذلك من وجـوه منهـا: جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنفين ، وذلك واجب .

ومنها : الإخبار بعيبه عند المشاورة في مواصلته .

ومنها : إذا رأيت من يشتري شيئًا معيبًا فتذكره له لا تقصد الإيذاء .

ومنها : إذا رأيت متفقهًا يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علمًا وخفت عليه ضرره .

ومنها : أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليته أو فسقه فتذكره لمن له عليه ولاية ليستدل به أو يعرف حاله .

الخامس : أن يكون مجاهرًا بفسقه أو بدعته فيجوز ذكره بما يجاهر به ولا يجوز بغيره إلا لسبب آخر .

السادس : التعريف كالمعروف بالأعمش والأعرج ، ويحرم ذكره به تنقيصًا ولو أمكن التعريف بغيره كان أولى. انتهى ملخصًا .

قال ـ رحمه الله :

القسم الثاني في الأركان

قوله : وإذا قال الولي : زوجتكها ، فليقل الزوج : قبلت نكاحها ... إلى آخره .

اعلم أن الزوج إذا اقتصر على هذا اللفظ فإنما يفيده ذلك صحة النكاح فقط ، وأما المسمى فلا يلزمه إلا إذا صرح الزوج به في لفظه ، فيقول : قبلت نكاحها على هذا الصداق ... أو نحوه ، فإن لم يقل ذلك وجب مهر المثل سواء كان زائدًا على المسمى أو ناقصًا ، كذا صرح به الماوردي في « الحاوي » ، وكذلك الروياني في « البحر » في كتاب البيع قبل باب الربا بصفحة وفي كتاب النكاح ، وفي الخلع أيضًا ، وصاحب « التعجيز » في شرحه له ، والمعنى في ذلك أن النكاح يصح قبوله بلا صداق ، بل مع نفيه، فإذا سكت عنه ولم يصرح بقبوله لم يمكنا إيجابه عليه لأنا لا نعلم أرضي به أم لا بخلاف البيع فإنه لا يصح إلا بالعوض، لكن أعادها الماوردي في الخلع ، وحكى فيها وجهًا : أنه يلزمه المسمى ، وذكر وجهًا آخر: أنه لا يصح النكاح عند نفيه ما سماه الولي .

قوله : فإن اقتصر على قوله : قبلت ، فطرق أصحها : قولان : أظهرهما : البطلان إلى آخره .

اعلم أن تصحيح البطلان مشكل ، وقد سبق إيضاح إشكاله في البيع فراجعه .

قوله : ولو قال : قبلت النكاح ، ولم يضف النكاح إليها أو قال : قبلتها، ففيه خلاف مرتب على ما سبق وأولى بالصحة . انتهى .

تبعه عليه في « الروضة » ، والذي قاله لا يؤخذ منه تصحيح فإن

معناه أنا إن قلنا بالصحة عند اقتصاره على قبلت صح في مسألتنا ، وإن قلنا هناك : لا يصح ، فهاهنا خلاف ، وقد نص الشافعي - رحمه الله - في « الأم » على المسألة فقال في باب كيف تثبت الرجعة ؟ ما نصه : فإذا قال : راجعتها أو ارتجعتها ، فهذا صريح الرجعة كما لا يكون النكاح إلا بصريح النكاح أن يقول قد تزوجتها أو نكحتها فهذا بصريح النكاح ، ولا يكون نكاحًا بأن يقول قد قبلتها حتى يصرح بما وصفت ، لأن النكاح تحليل بعد تحريم ، وكذلك الرجعة تحليل بعد تحريم ، والتحليل بالتحليل شبيه ، انتهى لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلته .

قوله في أصل « الروضة » : وكذا لو قال : بعتك كذا ، فقال : قبلت ، ينعقد على الصحيح . انتهى .

هذه المسألة سبق ذكرها في البيع وادعى في أصل « الروضة » هناك نفى الخلاف فيها ، وقد سبق ذكر لفظه فراجعه .

قوله : قال في « التهذيب » : ولو خاطب غائبًا بلسانه فقال : زوجتك ابنتي ، ثم كتب فبلغه الكتاب أو لم يبلغه وبلغه الخبر فقال : قبلت نكاحها، فيلغو: لتراخي القبول عن الإيجاب ، أو يصح ويجعل كأنه خاطبه حين أتاه الكتاب أو الخبر ؟ فيه وجهان ولو قال زوجت ابنتي من فلان وجب أن يكون على هذا الخلاف ، وقد حكينا في نظيره في البيع الصحة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الأصح من هذا الخلاف المحكي في الصورة الأولى هو البطلان كذا صححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من «زياداته»، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له .

الأمر الثاني : أن النووي قد أسقط المسألة الثانية المخرجة على هذا

الخلاف فلم يذكرها في « الروضة » .

الأمر الثالث : أن الذي أشار إليه الرافعي من حكاية الصحة في نظيره من البيع حكاه عن بعض المسودات وأقره ، وإذا استحضرت ما قاله الرافعي من أن ذلك المحكي هو نظير ما إذا قال : زوجت ابنتي من فلان ، وأن هذه ـ أعني : مسألة التزويج ـ يجب أن تكون على الخلاف السابق، وقد صحح النووي من ذلك الخلاف قول البطلان ،استفدت من ذلك كله أن الراجح البطلان في المنقول عن بعض المسودات ، وقد سبق منا في البيع الوعد بذكره هنا .

قوله : في التزويج من الغائب ، ثم إذا قلنا بصحة النكاح إما بمجرد الكتابة أو عند اللفظ فالشرط أن يقبل في مجلس بلوغ الخبر . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني وقت جواز القبول في المكتوب ـ قد ذكرها الرافعي في مواضع : أحدها ما ذكرناه الآن ، وقد جوز فيه أن يكون القبول في مجلس بلوغ الخبر .

والموضع الثاني : في كتاب الطلاق في الباب الثاني منه في الطرف الثاني، فقال : وحيث حكمنا بانعقاد النكاح فيكتب: زوجت بنتي إلى آخره .

ثم قال ما نصه : ويشترط أن يكون القبول لفظًا أو كتابة على الفور ، وفيه وجه ضعيف كما تقدم . هذا لفظه .

واشتراطه للفور مناقض للمذكور هنا مناقضة عجيبة ، والوجه الذي أشار إلى تقدمه قد ذكره قبله بأسطر لكن في البيع ونحوه .

فقال : وفي وجه لا يشترط ، بل يراعى التواصل اللائق بين الكتابين، والموضع الثالث في كتاب البيع فصحح هناك ما يوافق المذكور في الطلاق، فقال : وإذا قلنا ينعقد البيع بالمكاتبة فالشرط أن يقبل المكتوب إليه كما اطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان.

انتهى .

وإذا كان ذلك شرطًا عنده في البيع كان شرطًا في النكاح بطريق الأولى ، وذكر المسألة في « الشرح الصغير » في كتاب الطلاق فقط كما ذكرها في « الكبير » هناك ، فقد خالفه النووي في هذا الباب فذكر من «زياداته »: أن الفور شرط ، ولم يستحضر ما قاله في غيره حتى ينبه عليه.

قوله : ونختمه بصور : تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما مر في البيع . انتهي .

وقال في البيع : يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولا يتخللها كلام أجنبى عن العقد ، فإن طال أو تخلل لم ينعقد . هذا لفظه، وذكر نحوه في أوائل الخلع وفيه أمران :

أحدهما : أنه يدل على أن تخلل اللفظ اليسير يقدح إذا كان أجنبيًا وبه صرح قبل هذا في الكلام على خطبة العقد فقال : إن أظهر الوجهين البطلان ، وقد ذكر ما يخالف ذلك كله في كتاب الطلاق في أول الباب الرابع المعقود للاستثناء فإنه ذكر عن الإمام كلامًا ، ثم قال عقبه ما نصه : وكذلك لا ينقطع الاتصال بين الإيجاب والقبول بالكلام اليسير على الأصح، وفي الاستثناء ينقطع . انتهى .

وذكر أيضًا مثله في آخر الباب الأول من أبواب الخلع نقلاً عن الإمام فقال : وقد مر في البيع وغيره أنه لا ينبغي أن يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام لا يتعلق بهما ، فإن تخلل بطل الارتباط بينهما ، وذلك في الكلام الكثير ، فأما الكلام اليسير فقد أطلق الإمام فيه حكاية وجهين ، وقال : الصحيح أنه لا بأس به واحتج محتجون له بنص الشافعي . انتهى .

ونقل النووي هذا الكلام من الموضع الذي ذكره الرافعي فيه إلى الكلام

على أركان الخلع ، ومع نقله أطلق التصحيح بأنه لا يضر ، ولم ينقله عن الإمام ،هذا مع موافقته على المواضع المتقدمة فصار أبلغ في الاختلاف لاسيما وقد بالغ في كتاب البيع من « شرح المهذب » فقال ما نصه : ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد ، ولم يذكرها الرافعي في«الشرح الصغير » إلا في البيع ، ونقل ابن الرفعة في البيع والنكاح من « الكفاية » أن الرافعي صحح في أول الاستثناء من الطلاق أن الفصل اليسير لا يقدح ، وهو وهم فإن التصحيح لإمام الحرمين كما تقدم.

الأمر الثاني : حيث قلنا : إن الكلام الأجنبي يضر فمحله إذا كان من المخاطب المطلوب منه الجواب ، فإن كان من المتكلم فوجهان حكاهما في آخر الباب الأول من أبواب الخلع واقتضي إيراده أن المشهور أنه لا يضر فإنه قال :ومن لم يحتمل الفصل قال كذا وكذا يعني أنه لا يضر ثم نقل عن صاحب « التهذيب » وحده التسوية ، وقد حذف النووي هذه المسألة .

قوله : ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه بنته ويكون بضع امرأته صداقًا لها وزوجه صاحبه على ذلك ، فهل يبطل النكاح أم يصح ويفسد الصداق ؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان . انتهى .

قال في « الروضة » : أفقههما الثاني .

قوله : ولو قال : نكحتها متعة ، ولم يزد على هذا حكى الحناطي في صحة النكاح وجهين . انتهى .

والأصح البطلان كذا قاله في « الروضة » من « زياداته » .

قوله في « الروضة »: وفي الانعقاد بحضور الأخرس وذي الحرفة الدنية والصباغ والصائغ وجهان . انتهى .

واعلم أن الرافعي بنى الخلاف في الأخرس على قبول شهادته ، والأصح عدم قبولها فيكون الصحيح هنا عدم الانعقاد، فحذف النووي هذه الزيادة التي يؤخذ منها التصحيح ، وشرط في « الحاوي الصغير » أن

يكون مقبول الشهادة فجمع هذا الشرط وغيره مما هو مذكور في الشهادات كالمروءة وسلامته من الحرف الدنية .

قوله : وهل ينعقد النكاح بشهادة المستورين ؟

قال الإصطخري : لا بل لابد من معرفة العدالة باطنًا ، والمذهب هو الإنعقاد بهما بخلاف حكم القاضي فإنه لابد فيه من ذلك لأنه يسهل على الحاكم مراجعة المزكين ومعرفة العدالة الباطنة ، والنكاح يقع بين العامة وأوساط الناس فلو كلفوا بها لشق عليهم ، ويعني بالمستور من يعرف بالعدالة ظاهرًا لا باطنًا ، وذكر في « التهذيب » أنه لا ينعقد بشهادة من لا يعرف عدالته ظاهرًا ، وهذا كأنه مصور لمن لا يعرف إسلامه وإلا فالظاهر من حال المسلم الإحتراز من أسباب الفسق . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما حاوله الرافعي في آخر كلامه من الحكم بالصحة فيمن علم إسلامه لكون الغالب على المسلم الاحتراز ، ومن حمل كلام البغوي عليه حكمه صحيح ، وحمل مقالة « التهذيب » عليه غلط كما قال الله تعالى : ﴿خَلَطُوا عَمَلاً صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا﴾ [التوبة : ١٠٢] .

أما الأول وهو صحة الحكم الذي ذكره تفقهًا فقد نقله صاحب «البحر» عن نص الشافعي فقال ما نصه: ولو حضر رجلان مسلمان العقد ولا يعرف حالهما من الفسق والعدالة انعقد النكاح بهما في الظاهر ،نص عليه في «الأم» لأن الظاهر في المسألتين العدالة . انتهى .

ثم نقل عن «الحاوي» نحوه .

وأما الثاني وهو فساد حمل كلام البغوي على هذا الحكم ، فإن البغوي قد قال: وينعقد بشهادة المستورين والمستور من يكون عدلاً في الظاهر ولا يعرف عدالة باطنه، ثم قال بعد ذلك بأسطر : ولا ينعقد بشهادة من لا

يعرف عدالة ظاهره ولا من لا يعرف حاله في الإسلام والحرية ظاهرًا وباطنًا هذا لفظه فجمع بين من لا يعرف عدالة ظاهره ومن لا يعرف إسلامه ، وحكم عليهما بعدم الصحة ، وتلخص منه أنه يشترط عنده في العدالة معرفتها ظاهرًا فقط ، وفي الإسلام المعرفة ظاهرًا وباطنًا ، فاستحال تفسير أحدهما بالأخر فذهل الرافعي عن أخر كلام البغوي فوقع فيما وقع .

الأمر الثاني : أن النووي ـ رحمه الله ـ قد استدرك في « الروضة » على الرافعي فقال : قلت الحق: هو قول البغوي ، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة وقد صرح البغوي بهذا ، هذا كلامه ، وقد ظهر لك خطأوه في ما قال : إنه الحق وسببه عدم اطلاعه على هذا النص الذي خفي على الرافعي أيضًا ، وأيضًا فقوله إن مراد البغوي من لا يعرف ظاهره بالعدالة وإنه قد صرح بهذا عجيب أيضًا فإن هذا بعينه قد حكاه عنه الرافعي ، وإنما توقف في فهم المراد منه ، وقد تلخص من كلام البغوي أن المسلم الذي لم يعلم فسقه بالنسبة إلى العدالة أقسام :

أحدها : أن تعرف عدالته ظاهرًا وباطنًا وذلك بأن يحكم الحاكم بها، وهذا القسم واضح .

الثاني : أن تعرف ظاهرًا فقط ـ أي بالمخالطة ـ من غير حكم حاكم فينعقد معها النكاح على المعروف .

الثالث : أن لا يعرف ظاهرًا ولا باطنًا كمن علمنا إسلامه ، ولم نخالطه فنعلم حاله ولم يحكم الحاكم بعدالته فينعقد به على الصواب المنصوص الذي ذهب إليه الرافعي تفقها ولا ينعقد على ما قاله النووي ذهولاً عن المنقول .

واعلم أن في المسألة أمورا أخرى مهمة يأتي الكلام عليها في أثناء

موانع الولاية في ضمن فصل طويل فراجع ذلك ، وما جزم به الرافعي من عدم الانعقاد بمن لا يعرف إسلامه ، وتبعه عليه في « الروضة » واقتضى كلامهما عدم الخلاف فيه ، قد جزم القاضي أبو الطيب في أوائل كتاب القضاء من تعليقه بما يخالفه ، فإنه نقل عن أبي حنيفة جواز الحكم في الأموال بشهادة مجهول العدالة ، واستدلوا علينا بأنكم قلتم :إن النكاح ينعقد بشهادة شاهدين مجهولى الحال ، ثم أجاب عنه بجواب ذكر في أثنائه ما نصه : ألا ترى أن النكاح ينعقد بشاهدين لا يعرف إيمانهما ولا يجب البحث عنه ، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين بهذه الصفة ، هذه عبارته ذكر ذلك قبل باب كتاب القاضي بنحو سبع أوراق ، وقد سلك الشيخ في « التنبيه » مسلك شيخه في ذلك فقال : ولو عقد بشهادة مجهولين جاز على المنصوص فتفطن لذلك ، ولم يقف ابن الرفعة على مستند كلام الشيخ فظن أن أحدًا لم يقل به فحمله على غير ما يقتضيه كلامه .

قوله : ولو أخبر عدل عن فسق المستور فهل يزيل إخباره الستر حتى لا ينعقد النكاح بحضوره ؟ وإن زال فينحى بإخباره نحو الروايات ، أو يقال هو شهادة فلا تعتبر فيه الأقوال من يخرج عند القاضي ، تردد فيهما جميعًا الإمام . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على حكاية التردد عن الإمام من غير ترجيح مع أن الإمام لما ذكر ذلك رجح الأول، والعجب من ترك الرافعي للترجيح الذي هو موضع الحاجة .

قوله : ولو اعترف الزوج بشيء من موانع الصحة كفسق الشاهدين فرق بينهما ،وفي سبيل هذا التفريق وجهان :

أحدهما : أنه طلاق بائن والثاني : فرقة فسخ إلى آخره .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » والراجح: أنها فسخ ففي «زيادات الروضة » أنه الأصح أو الصحيح .

قوله : من «زوائده » ولو قالت عقدنا بفاسقين ، فقال : بل بعدلين فإيهما يقبل ؟ وجهان الأصح قوله فإن مات لم يرثه ، وإن ماتت أو طلقها قبل الدخول فلا مهر لإنكارها وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . انتهى كلامه .

وما ذكره من أنه لا مهر لها قبل الدخول لإنكارها ليس على إطلاقه ، بل ينبغي تقييده بما إذا لم يعطها الزوج ذلك فإن أعطاها فليس له استرداده، فقد ذكر الرافعي هذا التفصيل في آخر الرجعة في نظير المسألة ، وتبعه عليه في « الروضة » فقال فيما إذا قال الزوج طلقتها بعد الدخول فقالت بل قبله ما نصه :ثم هو مقر لها بكمال المهر ، وهي لا تدعي إلا نصفه ، فإن كانت قبضت الجميع فليس له مطالبتها بشيء ، وإن لم يقبضه فليس له إلا أخذ النصف هذا لفظه ، والنصف الذي ينكره هناك هو نظير الجميع هنا .

قوله : ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها فوكلت، نظر إن قال : وكلى عن نفسك لم يصح ، وإن قال : وكلى عني أو أطلق فوجهان . انتهى.

ذكر مثله في « الروضة » والراجح الجواز كذا رجحه ابن الصباغ والمتولي .

قوله : واعلم أن ما روي عن يونس بن عبد الأعلى أن الشافعي ﷺ قال : إذا جمعت الرفقة امرأة لا ولى لها فولت أمرها رجلاً حتى زوجها يجوز، ليس قولاً في تجويز النكاح بلا ولى لأن أبا عاصم العبادي لما حكي هذا النص في «طبقات الفقهاء» ذكر أن من أصحابنا من أنكر هذه الرواية

ومنهم من قبلها ، وقال : إنه تحكيم ، فإن لم يثبت فذاك ، وإن ثبت فهذا نكاح بولى ، وهو المحكم القائم مقام الحاكم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح جواز هذه المسألة لأن الأصح المذكور في كتاب القضاء جواز التحكيم في عقد النكاح مع وجود الحاكم ودونه ، وقد صححه أيضًا هنا النووي من زياداته فقال :وهذا صحيح بناء على الأظهر في جوازه في النكاح ، ولكن شرط المحكم أن يكون صالحًا للقضاء وهذا يعسر في مثل هذا الحال ، فالذي نختاره صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهدًا وهو ظاهر النص الذي نقله يونس وهو ثقة ،هذا كلامه .

وإذا علمت جميع ما تقدم علمت أن الصحيح جواز هذه المسألة سفرًا وحضرًا مع وجود القاضي ودونه ،لأنه الصحيح في التحكيم وسواء كان السفر طويلاً أم قصيرًا على ما اقتضاه الخلاف .

الأمر الثاني : أن كلامه يقتضي إنكار الخلاف في مباشرة المرأة ذلك بنفسها وليس كذلك ، بل فيه وجهان مذكوران في « البحر » قال : سواء كان فقد الولى والحاكم في السفر أو في الحضر وحكاهما أيضًا في «زوائد الروضة » عن « الحاوي » .

قوله : ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاض يصححه فحكم بصحته ، ثم رفع إلينا لم ننقض قضاؤه .

وقال الإصطخري : ينقض ولو طلق في النكاح بلا ولى لم يقع طلاقه، فلو طلق ثلاثًا لم يفتقر إلى محلل .

وقال أبو إسحاق : يقع ويفتقر إلى المحلل احتياطًا للأبضاع . انتهى .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن ما صحـحه ها هنا من عدم النقض قد ذكـر في كتاب القضـاء ما يخالفه وسلم النـووي من ذلك ، فإن تعبيـره يدل على خلاف تعبير الرافعي ، وسوف نقف على ذلك هناك إن شاء الله تعالى .

الأمـر الثـاني : أن تعبـير «الروضة» يوهم أن عـدم وقوع الطلاق من تفاريع الحكم بالصحة وليس كذلك فتفطن له واجتنبه .

قـوله : والجديد قـبول إقـرار المرأة بالنكاح ثم قـال مـا نصه : فـإن قلنا بالجديد فـيكفي إطلاق الإقرار أم لابد وأن تفـصل فتقـول زوجني وليى منه بحضور شـاهدين عدلين ورضائي إن كان ممن يعـتبر رضاها ؟ فيـه وجهان بناء على الخـلاف في أن دعوى النكاح تسـمع مطلقة أو ـ بجـب التفصـيل والأصح الثانى . انتهي كلامه .

وحاصله تصـحيح وجوب التفـصيل في الإقرار بالنكاح أيضًـا ، وقد خالف ذلك في أوائل كـتاب الدعـاوى في المسألة الخامـسة فقـال : أظهر الوجهين : أنه لا يجب وسوف أذكر لفظه في موضعه إن شاء الله تعالى ، ووقع الموضعان كـذلك في « الشرح الصغير » وقعـا أيضًا في « الروضة » على كيفـية هى أفحش في الاختلاف مما وقع في الرافـعي ، فإنه قال هنا: الأصح أنه لا يكـفي إطلاق الإقـرار ولـم يتـعـرض للبناء ، وقـال في الدعاوى: المذهب أنه يكفي الإطلاق ، وقيل في اشتـراط التفصيل الخلاف في الدعوى والشهادة وهو ضعيف ،هذا لفظه في الموضعين .

قوله : ولو قـال الأب وهي بنت :كنت زوجتـها في بكارتهـا لم يقبل ، واعـتبـر وقت الإقـرار كذا أطلقـه الإمـام وهو الظاهر ، ويمكن جـعله على الخلاف في ما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة . انتهى .

تبعـه أيضًا في « الروضـة » على هذا التـخريج والفرق ظـاهر ، فإن النكاح يشتهر أمره والإشهاد شرط فيه فلا يعسر على الأب إقامة البينة عليه

بخلاف الأموال خصوصًا اليسير منها .

قوله : أقرت لزوج وأقر وليها إقراره لآخر فهل المقبول إقراره أم إقرارها ؟ وجهان . انتهى .

أعاد هذه المسألة في باب اختلاف الزوجين وهو قبيل الصداق ، وحكى مع هذين الوجهين احتمالين آخرين للإمام :

أحدهما: يقدم السابق .

والثاني : يبطلان جميعًا، قال: فحصل في المسألة أربع احتمالات ، ولم يرجح شيئًا منها ، وتابعه في «الروضة» عليه .

الفصل الأول
في أسباب الولاية

قوله : فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة قال ابن كج : ليس له إخبارها وكذا نقله عن ابن المرزبان قال : ويحتمل جوازه . انتهي .

ذكر في « الروضة » مثله وحاصل كلامهما أنه ليس في المسألة ما يخالف مقالة هذين الاحتمالين ، لكن حاصل كلام الماوردي الجزم بخلافهما ، فإن قال : فإن كان الولى عدوًا للزوج أو للزوجة فهو على ولايته .

ثم قال : فإن قيل فإذا كان عدوًا لها وضعها في غير كفء قبل رشده، وما يخافه من لحوق العار يمنع من هذا التوهم هذه عبارته، وذكر الروياني في «البحر » مثله أيضًا وهو صريح في فرضه في الولى المخير ، وإلا لم يصح السؤال ولا الجواب ، ونقل في « الكفاية » في المسألة وجهين عن الحناطي وهو غلط نشأ عن تحريف وإنما هو الجيلى شارح « التنبيه » وقد نبهت عليه في كتابى المسمى « بالهداية » .

قوله : وإن حصلت الثيابة بالسقطة أو الأصبع أو حدة الطمث أو طول التعنيس فظاهر المذهب أنها كالأبكار . انتهى .

أما الثيابة فقد عدل عنها في « الروضة » وعبر بالثيوبة وكلاهما ليس من كلام العرب كما ذكره المطرزى في كتاب « المعرب » ، وأما الطمث بالثاء المثلثة فهو الحيض : يقال طمثت المرأة بفتح الميم فطمثت بضمها وطمثت بالكسر أيضًا في [لغة قاله] (١) الجوهري ، وأما التعنيس فبعين وسين مهملتين بينهما نون يقال :عنست المرأة بالتخفيف وبالتشديد مع فتح العين وضمها فهي عانس ومعنسة إذا بقيت زمانًا بعد أن بلغت حد التزويج لا تتزوج ، وأكثر ما يستعمل في النساء روي عن الشعبي والنخعي. العذرة

---

(١) سقط من أ، ب .

يذهبها التعنيس والحيضة.

قوله : وإذا عضل من يلي أمرها بقرابة أو إعتاق واحدًا كان أو جماعة مستورين زوجها السلطان . انتهي كلامه .

وصورة تزويج السلطان بالعضل إذا لم يتكرر ،كذا ذكره في آخر الكلام على الفاسق فقال والعضل ليس من الكبائر ، وإنما يفسق به إذا عضل مرات أقلها في ما حكى بعضهم ثلاث ، وحينئذ فالولاية للأبعد هذا كلامه ، والتفسيق بالثلاث مخالف لما ذكره الرافعي في كتاب الشهادات كما ستعرفه إن شاء الله تعالى مبسوطًا في موضعه فراجعه .

وهل المراد بالثلاث هنا هو الأنكحة أو بالنسبة إلى عرض الحاكم ، وإن كان في نكاح واحد ؟ فيه نظر .

قوله : ولفظ البالغة في قول الغزالي ولو التمست البكر البالغ التزويج هل هو للتقييد ؟ ذكر بعضهم أن الصغيرة أيضًا إذا إلتمست وجبت الإجابة إذا كانت في أوان إمكان الشهوة ، فعلى هذا ليس هو للتقييد . انتهى كلامه.

وهذه المقالة ضعيفة كما قال في « الروضة » من زياداته .

قوله : من «زوائده »قال الصيمري : فإن قاربت البلوغ وأراد تزويجها استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها ، ولو ادعت البكارة أو الثيوبة فقطع الصيمري وصاحب «الحاوي» بأن القول قولها ولا يكشف حالها لأنها أعلم ، قال صاحب «الحاوي» : ولا تسأل عن الوطء ، ولا يشترط أن يكون لها زوج .

قال الشاشي : وفي هذا نظر لأنها ربما ذهبت بكارتها بأصبعها فله أن يسألها ، فإن اتهمها حلفها ، والله أعلم .

هذا كلام « الروضة »، لكن الرجوع إليها في دعواها الثيابة محله إذا كان قبل العقد ، كذا صرح به الماوردي فقال عقب كلامه المتقدم ما نصه. فلو زوجها الأب بغير إذن لاعتقاده أنها بكر فادعت بعد عقده أنها ثيب لم يقبل قولها في إبطال النكاح بعد وقوعه على ظاهر الصحة ، لأن الأصل فيها البكارة .

فإن أقامت أربع نسوة بأنهن شاهدنها قبل النكاح ثيبًا لم يبطل العقد أيضًا لجواز أن تكون عذرتها زالت بطفرة أو أصبع أو حلقة، هذا كلام الماوردي ، وذكر الروياني في « البحر » مثله أيضًا وهو ظاهر، وخالف القاضي حسين في فتاويه ، وقال : إذا شهدن بعد العقد أنها ثيب حكم بانفساخ النكاح ، قال : فلو ادعى الزوج حدوث الثيابة بعد العقد فله تحليفها على أنها كانت ثيبًا .

قوله : الثاني: إذا قال أيجوز أن أزوجك ؟ فقالت : لما لا يجوز ، أو قال أتأذنين فقالت لم لا آذن ؟، حكم بعضهم أنه ليس بإذن ولك أن تقول هذا اللفظ مشعر برضاها فهو أولى من سكوتها . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : المختار أنه إذن . انتهى .

واعلم أن هذا القائل لم يفرض هذه المسألة في البكر حتى يقول الرافعي ما قال ، بل يجوز أن يكون كلامه مفروضًا في الثيب ، بل هو الظاهر ، والبحث الذي ذكره الرافعي على هذا غير مستقيم.

نعم يتجه أن يكون مدرك المانع إتيانه بالمضارع ولهذا لو قال: أتبيعنى ؟ فقال : بعتك لم يصح ، وما ذكروه في هذه المسألة قياسه أن يأتي في الوكالة ونحوها مثله.

قوله : الثالث : لو قالت: وكلتك بتزويجى فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعتدون به إذنًا لأن توكيل المرأة في النكاح باطل لكن الفرع غير مسطور ،

ويجوز أن يعتد به إذنًا لما ذكرنا في باب الوكالة أنها وإن فسدت فالأصح أنه ينفذ التصرف بحكم الإذن ، انتهى كلامه .

وما ادعاه من كون المسألة غير مسطورة عجيب ،فإنها مسطورة في هذا الموضع من كتابين هو كثير النقل عنهما خصوصًا في أبواب النكاح وأحدهما : قد نقلها عن نص الشافعي فأحد الكتابين «فتاوى البغوي » ، فقال : إذا جاء رجل إلى القاضي ، وقال : إن فلانة قد أذنت لك في تزويجها مني ، واعتمد القاضي على قوله جاز له تزويجها منه، فإن اتهمه لم يجز ، ولو قال وكلتك فلا يصح منها التوكيل ،هذه عبارته ، وهو جازم بالبطلان على وفق ما يقتضيه كلام الرافعي .

وثانيهما : « البيان » للعمراني ،فقال : يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المخبر بلفظ الإذن ويجوز بلفظ الوكالة نص عليه الشافعي ﷺ لأن المعنى فيهما واحد هذا لفظه ، وقد وقف في « الروضة » على كلام « البيان » خاصة فذكره ثم قال : إن هذا هو الصواب نقلاً ودليلاً، قلت والأمر كذلك ، وما علل به المانع من أن توكيلها في النكاح باطل كلام عجيب لأنه إن أراد بذلك توكيلها لأجنبي فالبطلان لانتفاء الولى بخلاف مسألتنا ، وإن أراد توكيلها لوليها ، حيث اشترط إذنها فهو محل النزاع .

نعم المفهوم عرفًا من التوكيل هو الإذن فيما يجوز له تعاطيه ، والتعاطي منتف فيكون ذلك من قاعدة بطلان الخصوص والأصح فيها بقاء العموم، وهو الإذن، لا جرم كان الجواز في مسألتنا أرجح .

قوله في « الروضة » : فرع في «فتاوي البغوي» : أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة : أذنت لك في تزويجي إذا فارقني زوجى أو انقضت عدتي فينبغي أن يصح الإذن كما لو قال الولى

للوكيل زوج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها ، وفي هذا التوكيل وجه ضعيف أنه باطل ، وقد سبق في الوكالة . انتهى كلامه .

وهذه المسألة ـ أعني قول الولي للوكيل ذلك ـ في حالة قيام المانع هي مذكورة في ثلاثة مواضع من الرافعي و « الروضة » :

أحدها : ما ذكرناه ومحله في الرافعي قبيل الصداق بقليل ، ولكن نقله في « الروضة » إلى هذا الموضع .

والثاني : بعدها بأوراق في الكلام على الإحرام .

والثالث : في أوائل الوكالة وتناقض فيه كلامهما جميعا لكن ما وقع للنووي فإنه أصرح [وأشبع] (١) وقد بسطت الكلام على المسألة في الوكالة فراجعه .

قوله : وحكى الإمام خلافًا في أن السلطان والحالة هذه أي حالة العضل يزوج بالولاية أم بالنيابة عن الولي وأجرى هذا الخلاف في جميع صور تزويج السلطان مع قيام الولي الخاص وأهليته . انتهى كلامه .

ذكر ابن الرفعة في « الكفاية » كذلك فوائد فقال : وقد تظهر ثمرته عند العضل في أن المرأة لو كانت ببلد فأذنت لحاكم بلد الولي فى تزويجها، فهل يجوز له ذلك ؟، إن قلنا تزوجها بالولاية فلا كما لو لم يكن لها ولي خاص ، وإن قلنا بالنيابة فلا شك أن سببها إنما هو وفاء ما عليه من حق كما لو كان عليه دين فامتنع من وفائه أو غاب ، ووفاء الحقوق المتوجهة على الغائب أو الممتنع من أدائها لا يختص بحاكم بلد صاحب الحق فأشبه أن يكون التزويج هنا كذلك ، وتظهر ثمرته عند الغيبة في أن الولاية هل تنتقل إلى الأبعد أم لا ؟ وفيه وجهان حكاهما الرافعي .

فإن قلنا : إذا لم يكن لها إلا ولي .

الحاكم يزوج عند غيبته بطريق الولاية، فإذا غاب وكان لها ولى أبعد منه انتقلت إليه لأن ولاية الحاكم تكون بعد ولاية القريب ، وإن قلنا في ما

(١) فى جـ : وأشنع .

إذا لم يكن لها إلا ولى واحد وغاب أن الحاكم يزوج بالنيابة فلا ينتقل [بلا] (١) غيبة القريب إلى الأبعد كما لو كان له وكيل ، وهاتان الفائدتان ذكرهما في الأصل وكتب في الحاشية بخطه فقال : ويمكن أن تظهر فائدة أخرى في حال الغيبة، وهي ما إذا قامت بينة على أن الولى زوجها في الوقت الذي زوجها فيه الحاكم، فإن قلنا :إنه بطريق النيابة قدم تزويج الولى، وإن جعلناه بطريق الولاية فإما أن يبطلا معًا كما لو زوجها وليان في وقت واحد ، وإما أن يقدم تزويج الحاكم لقوة ولايته وعمومها، ويدل عليه إذا زوج الحاكم في حال غيبة الولى [ثم قدم الولى] (٢) ، وقال : كنت زوجتها في الغيبة فإن أصحابنا قالوا بعدم نكاح الحاكم، ثم قال - أعني ابن الرفعة - : ويمكن أن تظهر فائدة أخرى عند العضل ، وهو ما إذا لم نشترط الحضور بين يدى القاضي بل اكتفينا بثوبته عنده فزوج القاضي في غيبته ، ثم قامت بينة أنه كان قد رجع عن العضل قبل تزويج القاضي ، فإن قلنا أنه بالنيابة فيخرج على عزل الوكيل ، وإن قلنا بالولاية فيخرج على عزل القاضي هذا كلامه .

قوله : قال في « التهذيب » : ولا يتحقق العضل حتي يمتنع بين يدى الحاكم ، وذلك بأن يحضره الخاطب والمرأة والولي ، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول لا أفعل أو يسكت ، وحينئذ فيزوجها القاضي ، ثم قال : وكان هذا في ما إذا تيسر إحضاره عند القاضي أما إذا تعذر [بتغرير] (٣) أو بتوار وجب أن يثبت بالبينة كما في سائر الحقوق وفي تعليق الشيخ أبى حامد ما يدل عليه . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره بحثًا بعد أن توقف فيه وحمل عليه كلام البغوي قد

(١) في جـ : عند .

(٢) سقط من ب .

(٣) في جـ : بتعذر

تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وهو غريب، فقد صرح به البغوي نفسه في « فتاويه » ، والغريب أن الرافعي نقله عنه في آخر كتاب الإيلاء وجعله أصلاً ، وقاس عليه حكمًا آخر ، وجزم به أيضًا القاضي الحسين في «فتاويه» قبيل الصداق بنحو ورقة وشيء .

قوله : الثالثة :لا ولاية للابن بالبنوة خلافًا للأئمة الثلاثة، دليلنا أنه لا مشاركة بين الأم والابن في النسب فلا يعتني بدفع العار عن النسب . انتهى.

زاده الإمام إيضاحًا فقال : فانتسابها إلى أبيها وانتساب الابن إلى أبيه. وما ذكره من أنه لا مشاركة بين الأم والابن في النسب ، قد خالفه في مواضع ، فقال في أوائل كتاب الفرائض : والمناسبون قسمان من يدلى إلى الميت بغير واسطة وهم الأبوان والأولاد ، وقال أيضًا في الكلام على الحجب الضرب الثاني : المنتسبون إلى الميت من جهة السفل إلى آخره .

وقال في كتاب الوقف : فإن قال: وقفت على من ينتسب إلى من أولادي وأولاد أولادي خرج أولاد البنات ، وقيل يدخلون لحديث الحسن. انتهي .

فجزم بأن الأولاد وأولاد الأولاد يدخلون في النسب سواء كان الواقف رجلاً أو امرأة .

قوله : فرع : لو كان المعتق خنثى مشكلاً فينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه فيكون وليًا أو وكيلاً إن كان الخنثى ذكرًا . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وليس فيه تصريح بنقل في المسألة ولا بان ذلك على جهة الوجوب أو الاستحباب ، لكن تعبيره مشعر بأنه مستحب وأنه أبداه تفقهاً ، وقد ذكر البغوي المسألة في «فتاويه» فقال : فلو كان الأقرب خنثى مشكلاً زوج الأبعد ، وحكم الخنثى كالمفقود، هذه عبارته

وهي شاملة لكل ولي سواء كان بالنسب أو الإعتاق وقياسه أن يكون التزويج في المال الذي ذكره الرافعي لولد المعتق لا لوالده وفيه بعد ؛ لأنه لا يستقيم مع ذكورة المعتق ولا مع أنوثته والخنثى لا يخرج عنهما والمتجه إيجاب الطريق التي ذكرها الرافعي في القسمين جميعًا ؛ لأنا قد شككنا في ولاية الخنثى وفي ولاية من بعده ، والأصل عدم ولاية كل واحد على انفراده فوجب الاحتياط بما ذكره الرافعي وأن يكون كلام البغوي مختصًا بالأقارب .

فصل في موانع الولاء

قوله في أصل « الروضة : ويجوز أن يتوكل الرقيق لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعًا . انتهى .

ليس كما قال من دعوى القطع فقد ذكر هو من زياداته في الركن الثالث من كتاب الوكالة أن فيه وجهين محكيين في « الشامل » و « البيان» والغريب أن الموضعين جميعًا من زياداته ، فإن الرافعي هنا لم يدع القطع بذلك .

قوله : وإذا كان الأقرب صبيًا زوجها الأب، ولا يخفي أن هذا لا يتصور في الأب والجد . انتهى .

وما ذكره من عدم تصوره ليس كذلك بل يتصور كما أوضحته في «طراز المحافل في ألغاز المسائل »، ويتفرع هنا فنذكره أيضًا فنقول. صورته فيما إذا زوج الأب ولده الصغير ، ثم أتت زوجته بولد في زمن إمكان بلوغه وهو كمال التاسعة على الصحيح ، فإن الولد يلحقه إذا مضى عليه بعد زمن الإمكان ستة أشهر ولحظة تسع الوطء ، وإذا حكمنا بثبوت النسب لم يحكم بالبلوغ لأن النسب يثبت بالاحتمال بخلاف البلوغ ، كذا جزم به الرافعي في آخر كتاب اللعان ، وتبعه عليه في « الروضة » ، نعم ذكر ذلك الرافعي في باب الحجر أنه إذا تزوج صغيرة وطلقها بعذر من إمكان بلوغها، ثم أتت بولد قبل مضي أربع سنين من الطلاق ، فإن الولد يلحق الزوج ويحكم ببلوغ المرأه قبل الطلاق ، وكان قياسه من مسألتنا أن لا يحكم ببلوغها من ذلك لأن البلوغ لا يثبت بالإمكان إلا أن الفارق تحقق المقتضي في المرأة وهو الولادة بخلاف إنزال الصبي .

قوله : وفي الجنون المتقطع وجهان : أحدهما : يزوجها الأبعد في يوم

جنونه لبطلان أهليته وزوال ولايته في نفسه وماله وهذا أصح عند القاضي ابن كج ، والإمام وهو المذكور في الكتاب .

والثاني : أنه لا يزيل الولاية ،لأنه يشبه الإغماء من حيث إنه يطرأ ويزول وهذ أصح عند صاحب « التهذيب » إلى آخره .

واعلم أن هذا الكلام ظاهره رجحان الأول لأن القائلين به أكثر عددًا ، ولهذا صرح النووي بتصحيحه في أصل « الروضة » ، لكن - أعني الرافعي - رجح في « الشرح الصغير » الوجه الثاني فقال فيه وجهان أشبههما عدم الانتقال والأول هو مقتضى كلام « المحرر » فإنه أطلق أن الجنون ينقل .

قوله : ونقل الإمام وجهين في ما إذا أفاق المجنون وبقيت آثار خبل يحتمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون على حده في الخلق فهل تعود ولايته أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخلل ؟ وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » من زياداته : لعل الثاني أصح .

قوله : وأما السفيه المحجور عليه فالمشهور أنه لا يلي ، وحكى صاحب « المهذب » مع هذا وجهًا جيدًا أنه يلي لأنه كامل النظر في مصالح النكاح ، وإنما حجر عليه لأن لا يضيع ماله ، ثم قال : وإذا وجد التبذير المقتضي للحجر ولم يحجر عليه فما ينبغي أن تزول الولاية . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن النووي في اختصاره لكلام الرافعي قد عبر بقوله والحجر بالسفه يمنع الولاية على المذهب ، وقيل وجهان فاقتضى كلامه أن الرافعي حكى طريقين وصحح طريقة القطع ، وليس كذلك ، بل حاصل كلامه حكاية وجه ضعيف في النقل قوي في المأخذ ، ولهذا اقتصر في « الشرح الصغير » على حكاية وجهين ، ولم أقف أيضًا على حكاية طريقين في

كلام غيره .

الأمر الثاني : أن التعليل الذي ذكره الرافعي لولاية السفيه المحجور عليه على وجه يؤخذ منه أن محل الخلاف إذا حجر عليه لأجل تضييع ماله، فإن كان الحجر لكونه لا يعرف الحظ لنفسه لم يلي جزمًا ، وبه صرح الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » فتأمله ، وقد أسقط النووي من « الروضة » التعليل المذكور .

الأمر الثالث : أن ما ذكره الرافعي بحثًا في غير المحجور عليه من كونه يلي واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه قد صرح به جماعة منهم الماوردي وصاحب « البحر » فحكيا فيه وجهين من غير ترجيح وحكاهما صاحب «الذخائر » لكنه صحح أنه لا يلي أيضًا ، وبذلك يحصل في المسألة ثلاثة أوجه صرح بحكايتها في المطلب ، ثالثها : التفصيل بين أن يحجر عليه أم لا ، وقد حذف في « الروضة » المسألة بالكلية .

قوله : الرابعة : السكر إن حصل بسبب يفسق به وقع الكلام في أن الفاسق هل يلي ؟ إن قلنا لا يلي فذاك ، فإن قلنا يلي أو حصل بسبب لا يفسق به بأن كان مكرهًا أو غالطًا فإن لم ينفذ تصرف السكران فالسكر كالإغماء، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحي فمنهم من صحح تزويجه ، ومنهم من منع لاختلال نظره ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، والظاهر من ذلك كله أنه لا يزوج . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » وهو صريح في أن الخلاف الذي في تصرف السكران يجرى سواء كان متعديًا أو غير متعد وهو غلط ، بل الصواب وهو الذي [في تصرف السكران] (١) ذكره في كتاب الطلاق أن الخلاف محله إذا كان متعديًا فيه فإن لم يكن فلا أثر له ، ولم يتعرض في «الروضة» هنا لهذا الكلام ، بل صحح أن السكران لا يلى واقتصر عليه .

---

(١) سقط من جـ .

قوله : ثم الخلاف في ما إذا بقي له تمييز نظر فأما الطافح الذي سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو . انتهى كلامه .

وما ذكره ها هنا من اختصاص الخلاف [بمن له تمييز قد خالفه في كتاب الطلاق فصحح جريان الخلاف] (١) مطلقًا وهو غريب وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه ، والطافح بالفاء والحاء المهملة قال الجوهري هو الذي ملأه الشراب .

قوله : الخامس ذكر أبو الحسن العبادي وجهين في أنا هل نثبت الولاية لذوي الحرف الدنية إذا لم نثبتها للفاسق ؟ .

قال في « الروضة » من زياداته : المذهب القطع بثبوت ولايتهم قاله البغوي وغيره .

قوله : وهل يزوج اليهودي النصرانية ؟ يمكن أن يلحق بالإرث فيزوج ويمكن أن يمنع لأن اختلاف الملل منشأ العداوة . انتهى .

وهذه المسألة التي لم يقف الرافعي فيها على نقل وتوقف فيها ، وتابعه على ذلك في « الروضة » والمسألة مشهورة في كتب المذهب فقد ذكرها الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » وجزما بالاحتمال الأول وعللاه بأن الكفر كله ملة واحدة فقال ـ أعني الماوردي ـ ولاية ولو كانت الكافرة نصرانية ولها أخ مسلم وأخ نصراني وأخ يهودي وأخ مجوسي فلا ولاية عليها للمسلم ويكون النصراني واليهودي والمجوسي في الولاية عليها سواء كما يتشاركون في ميراثها لأن الكفر كله ملة واحدة هذه عبارته ، وعبارة الروياني مثله أيضًا ذكر ذلك في أثناء مسألة أولها ولي الكافرة لا يكون إلا كافرًا ، وذكرها أيضًا كذلك إمام الحرمين ، وكذلك المتولي في «التتمة »، وصرح بتخريجها على أن الكفر كله ملة واحدة أو ملل .

واعلم أن صورة هذه المسألة متوقف على مقدمة ذكرها الرافعي في هذا

---

(١) سقط من جـ .

الباب ، وهو أنه إذا تزوج يهودي بنصرانية أو مجوسية فحصل بينهما ولد فإنه يخير بين دين أبيه ودين أمه ، فإن قيل فكيف يكون الأخوة الثلاثة على السواء مع أن الشقيق مقدم على غيره ؟ قلنا : تفرض المسألة في ما إذا كان الجميع إخوة لأب فقط .

واعلم أنه يحسن أن يفصل فيقال إن كان التزويج بالأخيار فلا تزوج بناء على أن شرط المخير أن لا يكون عدواً للمخيرة كما نقله الرافعي عن ابن كج وغيره وإن لم يكن بالإخيار صح .

قوله : فرع في «فتاوى البغوي» : أنه يجوز أن يوكل نصرانيًا أو مجوسيًا في قبول نكاح نصرانية ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة ، ويجوز توكيل النصراني مسلمًا في قبول نكاح مجوسية لأن المسلم لا يجوز له نكاحها بحال بخلاف توكيل المعسر موسرًا في تزويج أمة فإنه جائز لأنه يستبيحها في الجملة . انتهى .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في أوائل الصداق فنقلها النووي في «الروضة » إلى هذا الموضع ، وقد ذكر ما يخالفها في موضعين آخرين تقدم إيضاحهما في أوائل البيع في الكلام على شراء الكافر المسلم فراجعه.

قوله : قلت : لا يزوج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح. انتهى .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في فصل ولاية السيد فلا حاجة إليها .

قوله من زياداته : ولا يزوج كافر مسلمة إلا أم ولده على وجه قاله الفوراني . انتهى كلامه .

وما ذكره من حصر هذا الوجه في أم الولد ليس بصحيح بل هو مطرد أيضًا في الأمة بناء على أنه يزوج بالملك ، وقد نقله هو بعد ذلك عن ابن الحداد في الكلام على السبب الرابع .

قوله : ومن فاته الحج هل له أن ينكح قبل التحلل بعمل عمرة ؟ وجهان حكاهما الحناطي . انتهى .

والأصح المنع قاله في « الروضة » من زياداته .

قوله : ولو وكل رجل رجلاً بالتزويج ، ثم أحرم أحدهما أو أحرمت المرأة ففي انعزال الوكيل وجهان والظاهر أنه لا ينعزل ،ثم قال : وهل التزويج قبل تحلل الموكل ؟ ، أثبت صاحب الكتاب يعني الغزالي فيه وجهين حيث قال : وإن كان الأظهر أن الوكيل لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل بل بعده ، ولم أر للخلاف ذكرًا في ما عثرت عليه من كتب الأصحاب ، ولم يتعرض له في « الوسيط » ، ولا ذكره الإمام . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على الإنكار على الغزالي وليس الأمر فيه كما قالا ، بل الذي ذكره الغزالي مذكور في «تعليقة القاضي حسين» ، فإنه قال: في باب نكاح المحرم: ظاهر المذهب أنه لا يزوج فأخذه الغزالي منه، وعبر بقريب من عبارته لكن ذكر القاضي أيضًا عند الكلام على الأولياء من التعليق المذكور أنه لا خلاف أنه لا يزوج ، وعلى كل حال فلا إيراد على الغزالي لأن هذه الصيغة إن لم تقتض الخلاف فلا إشكال وإن اقتضته فقد سبقه إليه غيره من كبار أئمة المذهب ، والرافعي رحمه الله لم يقع له التعليقة المذكورة فلذلك ذكر ما ذكر .

قوله : ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة نظر إن وكله ليعقد في الإحرام لم يصح ، وإن قال لتزوج بعد التحلل أو أطلق صح . انتهى .

وهذه المسألة تقدم الكلام عليها وعلى نظائرها في أوائل كتاب الوكالة فراجعه .

قوله : فرع : عن نص الشافعي أن السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة

وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر وأنها خلية عن النكاح والعدة ، واختلف الأصحاب فمن قائل إنه واجب احتياطًا، ومن قائل : إنه محبوب ، فإن الرجوع في العقود إلى قول أربابها . انتهى .

والأصح هو الاستحباب كذا صححه الروياني وغيره ، وتبعهم عليه في « الروضة » وهذا التصحيح الذي ذكروه يقتضى أن التصرف الصادر من الحاكم لكونه حاكمًا لا يستلزم صدوره منه الحكم بصحته حتى إذا عقد نكاحًا مختلفًا فيه أو بيعًا أو غير ذلك ، لا يجوز لأحد من الحكام نقضه ، كما لو عقده غيره ثم حكم هو به ، وإنما قلنا :إن كلامه هذا يقتضي ذلك لأنه لا يجوز له الحكم بالصحة في العقود والأملاك وغيرها بمجرد قول أربابها ، بل لابد من البينة أو العلم به كما قرره وهذا الذي اقتضاه كلامه أصل عظيم وقاعدة مهمة فلنذكر ما حضرنا فيها فنقول : اختلفوا في هذه المسألة فجزم الماوردي في « الحاوي » في باب التفليس في الكلام على ما إذا قسم مال المفلس ثم ظهر غريم بأنه حكم ، وذكر الرافعي في كتاب الفرائض نحوه فقال في الكلام على ميراث المفقود : الثالث لعلك تقول من الأصحاب من يقول لا يقسم ماله حتى تمضي مدة يعلم موته فيها ولا يتعرض لحكم الحاكم ، كما نقلت عن ابن اللبان ومنهم من يعتبر الحكم على ما ذكره في الكتاب ، فكيف الحال والذي ينبغي أن يقال في الجواب أن القسمة إن كانت بالقاضي فقسمته تتضمن الحكم بالموت، وإن اقتسموا بأنفسهم فيجوز أن يقدر فيه خلاف، هذا كلام الرافعي ، وهو صريح في ما قلناه ، ويؤيده أيضًا ما ذكره في كتاب القسمة أن جماعة إذا اعترفوا بالاشتراك في ملك عند الحاكم واتفقوا على القسمة أو اختلفوا فيها أنه لا يقسم بينهم إلا ببينة تشهد بملكهم على الصحيح ، وعلل بأمور منها ما قلناه ، وذكر الشافعي في « الأم » نحوه فقال في باب ما يرد من القسمة ما نصه : وإن أردتم قسمتي فأتوا بالبينة على أصل حقوقكم فيها ، وذلك

أني إن قسمت بلا بينة فجئتم بشهود يشهدون أني قسمت بينكم هذه الدار إلى حاكم غيري كان شبيهًا أن يجعلها حكمًا مني لكم ، هذا لفظه بحروفه، وكذلك يؤيده أيضًا ماذكره القاضي الحسين والماوردي وغيرهم أن المفلس إن تولى بيع أمواله فلا كلام وإن كان البائع هو الحاكم فلا يجوز حتى يشهد عنده بينة بملكه لها قالوا : ولا يكفي فيها يده ولا اعترافه وقياس الرهن كذلك أيضًا ، وهذا الذي قالوا قياسه أن يتعدى إلى اليتيم إذا احتاط الحاكم لي الأموال التي بيد مورثه ، فإنه يقتضي عدم جواز بيعها إلا ببينة إلا أن يفرق بأنه لا ضرورة إلى مباشرة الحاكم لبيع مال المفلس فإن المفلس قادر على بيعها بخلاف أموال اليتيم ، إذا علمت هذا فقد جزم ابن الصباغ في « الشامل » بأنه ليس بحكم، ذكر ذلك في الموضع الذي جزم فيه الماوردي بأنه حكم ، وهو في ما إذا قسم مال المفلس ، ثم ظهر غريم، وذكر الرافعي في كتاب العدد في أوائل الباب الثالث من عدة الوفاة والمفقود نحوه أيضًا ،فقال : وإذا قلنا بالقول القديم وهو أن المرأة تمكث أربع سنين ، ثم يحكم الحاكم بوفاة زوجها ، وتعتد عدة الوفاة ، فالأصح عند كثير من الأئمة أن المدة تفتقر إلى ضرب القاضي ، قيل يكفي مضيها من وقت انقطاع الخبر ، ثم قال وإذا ضرب القاضي المدة فمضت ، فهل يكون حكمًا بوفاته أم لابد من استئناف حكم ؟ فيه وجهان : أصحهما الثاني . انتهى كلامه .

ولما ذكر الماوردي الأقوال في البداءة بالتسليم عند تنازع البائع والمشتري ذكر القول بأن الحاكم [يجبرها على تسليم ذلك إليه ، والقول الآخر بأن الحاكم] (١) ينصب لهما أمينًا عدلاً ويأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده ، ثم قال : كان أبو إسحاق المروزي يجعلهما قولاً واحدًا ، وامتنع سائر الأصحاب من ذلك، وقالوا : كل واحد منهما مخالف لصاحبه لأن الدفع

(١) سقط من جـ .

والتسليم في أحدهما إلى الحاكم فكان كحكمه ، وفي الآخر الحكم منه في نصب الأمين والأمر بالتسليم فاختلفا ، هذا كلام الماوردي ، وهو يفيد أن تصرفه حكم بخلاف إذنه .

قال ابن الرفعة في حاشية كتبها في أوائل النكاح من « الكفاية » : وهذا في العقود إنما يأتي إذا تقدم القبول على الإيجاب أما إذا تقدم الإيجاب من الحاكم فلا يمكن الحكم بصحته ، إذ الحكم بها موقوف على وجود العقد فكيف يحكم به قبل صدوره والذي قاله حسن متعين .

واعلم أن ابن الصلاح قد ذكر في فتاويه أن الخلاف في جواز العقد بالمستورين محله إذا كان العاقد غير حاكم .

قال : أما إذا باشره الحاكم فإنه لا ينعقد بهما بلا خلاف ، بل لابد من العدالة الباطنة ، قلت وحكى في « التتمة » فيه طريقين : أصحهما إجراء الخلاف ، ومدرك البطلان هذه القاعدة أن الحكم بالصحة لا يجوز بشاهدين مستورين ، لكن ابن الصلاح لم يذكر هذه العلة بل علله بأن الحاكم لا يتيسر عليه الوقوف على العدالة الباطنة بخلاف الآحاد ؛ والمراد من العدالة الباطنة هو أن تكون العدالة مستندة إلى التزكية ، وصرح بذلك الرافعي في كتاب الصيام في الكلام على قبول الواحد ، وليس المراد بالباطنة أن تكون حاصلة في نفس الأمر فإنه لا يمكن الاطلاع عليه ، حتى يقال : إنه شرط للحكم بالصحة على وجه .

قال البغوي في «فتاويه» : وإذا جاء رسول المرأة إلى القاضي وأخبره بأنها أذنت له في تزويجها وظن صدقه جاز له الاعتماد عليه والتزويج بقوله ، وهذا الذي قاله يقتضي أن تصرفه ليس حكمًا بالصحة لأن الحاكم يعتمد قيام البينة أو العلم، لكن في الفتاوى الموصلية للشيخ عز الدين بن عبد السلام عكس ذلك فقال لو أخبر صدوق شخصًا بأن الولي أذن له في

تزويج موليته فلا يجوز له الاعتماد عليه ، فإن زوج معتمدًا عليه ، ثم بان صدقه لم يصح أيضًا .

فانظر كيف بالغ الشيخ عز الدين ومنع غير الحاكم، لكن في « طبقات الفقهاء » للعبادي في ترجمة أبي القاسم الكعبي قال : وليس هذا الكعبي المعتزلي أنه إذا قال شخص أنا وكيل فلان بتزويج ابنته جاز للغير قبول التزويج ، فإن أنكر الولي فهل هو فرقة أو جحود ؟ قال نقل فيه جوابان ، وذكر الرافعي في آخر باب الوكالة أن شخصًا لو ادعى أنه وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله صح العقد ، وهذا يوافق كلام الكعبى لكنه شرط فيه الصدق ، ولم يذكر التفريع الذي عليه ، وهو إنكار المالك أو الولي .

واعلم أن الرافعي في باب الإقرار بالنسب قد ذكر كلامًا يؤخذ منه قاعدة نافعة متعلقة بما نحن فيه ، فإنه ذكر أن الإمام إذا استلحق مجهولاً بمن لا وارث له يثبت نسبه في أصح الوجهين، ثم قال : هذا إذا ذكره الإمام لا على وجه الحكم ، أما إذا ذكره على وجه الحكم فإن قلنا يقضي بعلمه ثبت النسب وإلا فلا ، وقد طال الكلام على هذه المسألة ولولا زيادة طوله لاستوعبنا ما فيه من الكلام نقلاً ودليلاً لكن كتابنا هذا ليس معقودًا لذلك، بل للتنبيه على ما وقع في الرافعي و « الروضة » مختصرًا .

قوله في أصل « الروضة » في المسألة المذكورة : وعلى الاستحباب فلو ألحت في المطالبة فرأى السلطان التأخير ففيه وجهان . انتهى .

هذا يقتضي أن الخلاف لأصحاب الشافعي وهو غلط وذلك أن الرافعي رحمه الله قال :فيه وجهان رواهما الإمام عن أهل الأصول ،ورأيت في «النهاية» في باب اجتماع الولاة وتفريقهم بعد نحو ست ورقات منه في ما إذا سألت المرأة ذلك وألحت ما نصه : وهذا لا ينتهي إليه كلام الفقهاء وهو من محض أحكام الإمامة ، وقد اختلف أرباب الأصول فيه فذهب قدوتنا

في الأصول إلى أنها تجاب ، وأقصى مـا يمكن السلطان منه أن يستمهلها ، فإن أبــت أجابهــا ، وذهب القاضي أبو بكر البـاقلاني إلى أن القـاضي لا يجيـبها إن رأى ذلك رأيًا ، ويقـول لا يجب على إجابتك مـا لم أحيط ، وهذا لا يتـضح بهذا القـول ولعلنا نجمع كـلامًا شـافيًا في أحكـام الأئمة والولاة إن شــاء الله تعـالى ، انتــهى لفظ الإمـام ، وقـد اتضح أن أحـد القــائلين هو القــاضي أبو بكر وهــو من المالكيــة ، والظاهر أن الآخــر هو الشيخ أبو الحسن الأشعري ، وحينئذ فليست المسألة ذات وجهين .

الفصل الرابع
في تولي طرفي العقد

قوله : إحداها هل يتولى الجد طرفي النكاح في تزويج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر ؟ فيه وجهان اختيار ابن الحداد والقفال ، وصاحب « الشامل » أنه يجوز ، واختار صاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين المنع . انتهى ملخصًا .

والراجح الجواز فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه أقوي الوجهين ، وقال في « المحرر » : رجحه المعتبرون ، ونقله في « الروضة » من زياداته عنه وسكت عليه .

قوله : الثالث : إذا قالت لابن العم والمعتق زوجني أو زوجني ممن شئت ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الإذن لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي ، وإن قالت : زوجني نفسك حكى البغوي عن بعض الأصحاب أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها .

قال : وعندي لا يجوز لأنها إنما أذنت له لا للقاضي . انتهى .

قال في « الروضة » : الصواب الجواز لأن معناه فوض إلى من يزوجك إياي .

الفصل الخامس
في التوكيل

قوله : وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري: بعت منك ويقول الوكيل : اشتريت وينوي موكله ويقع له العقد وإن لم يسمه . انتهى.

تابعه في « الروضة » على التعبير بقوله يجوز أن يقول بعت منك وهو يوهم أن إضافته إلى الوكيل لا تجب حتى لو قال بعت موكلك صح كالنكاح وليس كذلك بل الإضافة إليه واجبة ، كما صرح به في باب الوكالة فاعلمه .

قوله : ولو قال وكيل الزوج أولاً قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها فلانًا جاز . انتهى كلامه .

وما ذكره من جواز تقديم القبول مع كونه بلفظ القبول قد تبعه عليه أيضًا في « الروضة » وينبغي استحضاره ، وقد تقدم في أول البيع الإشارة إليه .

قوله : ولا يشترط في توكيل الولي ذكر المهر لكن لو سمى قدرًا لم يصح التزويج بما دونه كما لو قال زوجها في يوم كذا وفي مكان كذا فخالف الوكيل لا يصح . انتهى .

وصورة هذه المسألة أن لا ترضي المرأة بالأقل، فإن رضيت به صح، هكذا نقله في آخر الباب الثاني من أبواب الصداق فقال : ولو قال زوجها بألف فزوجها بخمسمائة برضاها ، قال في «التتمة » «المذهب» أنه يصح النكاح ، لأن الصداق محض حق المرأة وفيه وجه أنه لا يصح مثله لأن

النكاح الذي وكله فيه غير الذي باشره هذا كلامه ، وذكر مثله في «الروضة» أيضًا ، ولم يذكره في « الشرح الصغير » .

قوله : ولو وكل رجلاً بقبول نكاح امرأة وسمى مهرًا لم يصح القبول بما زاد عليه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على التعبير المذكور ولا يؤخذ منه صحة النكاح ولا بطلانه وفي ذلك وجهان : أصحهما في « البيان » صحة النكاح ، وصحح في « النهاية » بطلانه وهو مراد الرافعي ، فإنه حكى عقب ذلك وجهين في البطلان في ما إذا لم يعين المهر فقبل بأكثر من مهر المثل ، وقال قبل ذلك في توكيل الولى بالتزويج أنه لا يشترط ذكر المهر ، لكن لو سمى قدرًا لم يصح التزويج بما دونه ولا شك أن زيادة وكيل الزوج على ما سماه له موكله هو في المعنى نظير ما إذا نقص وكيل الولي عما عينته المرأة أو الولي له ، وقد وافق النووي هنا الرافعي على البطلان في ذلك ولم يوافقه عليه في آخر الباب الثاني من أبواب الصداق بل يشعر كلامه بمخالفته ، وسيأتي ذكره هناك .

قوله : وإن لم يسم فليقبل له نكاح امرأة تكافئه بمهر المثل ، أو أقل ، فإن قبل له من لا تكافئه لا يصح العقد كذا قاله البغوي ، ولك أن تتوقف في موضعين : أحدهما: تصحيح إطلاق التوكيل في قبول نكاح امرأة لأنه لو وكله في شراء عبد اشترط بيان تفصيله ونوعه فالاشتراط هنا أولى .

الثاني : حكمه ببطلان قبول من لا تكافئه لأنا سنذكر أن للولي أن يزوج الصغير بامرأة لا تكافئه ، فإذا جاز للولي فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل . انتهى ملخصًا .

اعترض النووي فقال هذا الاعتراض الثاني : فاسد كما لو اشترى الوكيل معينًا بخلاف قوة ولاية الأب ، وفي الاعتراض الأول أيضًا نظر ،

والراجح المختار ما ذكره البغوي هذا لفظه .

فيه أمران :

أحـدهمـا : وهو متعلق بالاعتـراض الثاني أنه سيأتي في الكلام على الكفاءة أنه إذا زوج الأب ولده الصـغير بمن لا تكافئه ، فـإن زوجه أمة لم يصح لأنه لا يخاف العنت ، وإن زوجه معيبـة بعيب يثبت الخيار لم يصح النكاح على المذهب ، وإن زوجـه بمن لا تكافـئه بجـهة أخـرى صح على الأصح لأنه لا عار على الرجل في استفراش من دونه .

إذا علمت ذلك علمت أن إطلاق كلام الـرافعي جواز تزويج الصغـير بمن لا تكافئه خطأ وكـذلك إطلاق النووي يمنعه ، بل يصح في حالة دون حالة ، ثم إن الحالـة التي لا يصح فيها على وجـهين مشهودين كـما تقدم فغاية ذلك أن يكون البـغوي قد اختار أحـد الوجهين ولا شك أن الرافعي توهم هنا أن الكفاءة لا تدخل فيهـا فقدان العيب ، والنووي توهم أن المراد بها ـ أي بالكفاءة ـ هو السـلامة من العيب فوقع كل منهـما في ما وقع ، وأمـا إلحاق النووي ذلك بشـراء الوكيل فـنقول: إذا سلمنا أنه عـيب وأنه يلحق بالشراء فـيلزم أنه لا يطلق البطلان لأن شراء الوكيل للمـعيب يصح مع الجهل بعيـبه وكذا مع العلم على وجه ويثبت الخيـار، وأما جوابه على الأب بقوة ولايته فقـوتها لا تقتضي جواز عقده له على مـعيب بدليل البيع وغيره ، فإذا ثبت جواز ذلك في الأب هنا مع أنه لا يتـأتى الخيار للمعقود له بفساد صـيغته فللمـوكل مع ثبوت الخيار بطريق الأولى ، ثم إن تعـبيره بقوله فاسد كما لو اشترى إلى آخره كلام عجيب سقط منه شيء وكأنه أراد أن يقول بل الصواب البطلان كما لو إلى آخره .

الأمر الثـاني : أن ما ذكره في التـوكيل من أن الراجح المختـار ما ذكره البغوي وهو صـحة إطلاقه واقتضـى كلامه عدم الوقوف على خـلاف فيه

غريب جدًا فـإنه قد حكى فيه وجهين في كـتاب الوكالة من «زوائده» وزاد على ذلك فصـحح عكسه ، وزاد عليه أيضًـا فتردد في أن عدم الاشـتراط ضعيف أم لا ، قـال في آخر الباب الثاني : الرابعـة : وكله في أن يتزوج امرأة ففي اشتراط تعينها وجهـان في « البيان » وغيره والأصح أو الصحيح الاشتراط هذا لفظـه بحروفه وهو صريح في عكس مـا رجحه راداً به على الإمام الرافعي وهو غريب .

قوله في المسألة :وإن قـبل بأكثر من مهر المثل أو بغـير نقد البلد أو يعين من أعيان مـال الموكل أو من مال نفسه فقيل يـصح النكاح بمهر المثل ، وقيل يبطل . انتهى .

تابعه في « الـروضة » على حكاية الوجـهين هنا من غير ترجـيح لكن كلام الرافـعي في آخر الباب الثـاني من أبواب الصداق يقـتضي البطلان ، وكلام النووي من «زوائده» يشـعر بالصحة ، وهو الأصـوب كما ستـعرفه هناك .

الفصل السادس
في ما يجب على الولى

قوله : ويلزمه تزويج المجنون والمجنونة عند الحاجة بظهور أمارة التوقان أو بتوقع الشفاء عند إشارة الأطباء . انتهى .

ذكر بعد ذلك في باب الولى عليه قسمًا ثالثًا من أقسام الحاجة التي يزوج لها المجنون وهي أن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ولا يوجد من محارمه من يحصل هذا وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية، ثم إن الرافعي هناك لم يجزم بلحاق الشفاء بهما كما جزم به ها هنا ، بل قال : وربما يلحق بهما توقع الشفاء نعم جزم به في « الروضة » .

قوله في أصل « الروضة » : إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحًا بصداق على الابن ، وكان الابن فقيرًا فهل يكون الأب ضامنًا للمهر بالعقد؟ فيه قولان : الجديد: أنه لا يكون ضامنًا إلا أن يضمن صريحًا كما لو شتري لطفله شيئًا ، فإن قلنا بالجديد فضمن بشرط براءة الأصيل قال القاضي حسين : إن لم يصح الضمان بشرط براءة الأصيل أي وهو الأصح فهذا ضمان فاسد شرط في الصداق وفي إفساده له قولان سبقا ، وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل فالشرط هنا فاسد لأنه لا دين في ذمة المعقود له ، وإذ فسد الشرط ففي فساد الضمان وجهان سبقا في الضمان . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله لأنه لا دين إلى آخره .

أراد أنه على هذا التقدير يلزم أن لا يجب دين على المعقود له ، وهو خلاف القاعدة وقد أوضح الرافعي ذلك .

قوله : وإذا طلب متاع الطفل بأكثر من ثمنه لزمه بيعه ، ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه وللطفل مال لزمه شراؤه له إذا لم يرغب فيه لنفسه، هكذا أطلقه الإمام والغزالي في الطرفين ، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة ، بل بالأموال المعدة للتجارة ، أما ما يحتاج إلى عينه فلا سبيل إلى بيعه ، وإن ظهر طالب بالزيادة ، وكذا العادة الذي يحصل منه كفايته ، وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصًا لكنه عرضة للتلف ، أو لا يتيسر بيعه لقلة الراغبين فيه فيصير كلاً على مالكه . انتهى .

زاد في « الروضة » على هذا فقال : هذا الذي قاله الرافعي هو الصواب ولا يعتبر بمن خالفه والله أعلم ، وما ذكره هنا في بيع العقار مخالف لما سبق منهما في باب الحجر فتأمله ، ثم إن الغزالي قد حكى وجهين في وجوب الشراء له إذا لم يرد شراءه لنفسه ، وإذا أوجبنا الشراء للطفل فلم يفعل فتلف الثمن ضمنه قاله في « البحر » وقل من تعرض له، ثم إن كلامهما يقتضي أنهما لم يظفرا بنقل صريح يوافق الذي بحثه الرافعي ، وقد صرح به الماوردي في « الحاوي » ونقله عنه أيضًا في « شرح الوسيط » .

الفصل السابع
في الكفاءة

قوله : التنقى من العيوب المثبتة للخيار واستثنى البغوي منها التعنين ، وقال : إنه لا يتحقق فلا نظر إليه ، وفي تعليق الشيخ أبي حامد التسوية بين التعيين وغيره ، وإطلاق الجمهور يوافقه . انتهى .

وما رجحوه من التسوية بين التعنين وغيره ذكر مثله في « الروضة » أيضًا لكن سيأتي في الكلام على التعنين أن الرجل قد يعن عن امرأة دون أخرى ، وفي نكاح دون نكاح وإن كانت المرأة واحدة في أصح القولين حتى إذا أعلم امرأة بأنه عنين وتزوجها أو ثبتت عنته بطريقة ثم تزوج امرأة أخرى . أو جدد نكاح الثانية ثبت أيضًا حق الفسخ للزوجة ، وسيأتي أيضًا أن المرأة إذا زوجت بغير كفء بغير رضاها ورضى الأولياء لم يصح النكاح في أصح القولين ، وإذا علمت ذلك كله علمت إن الصواب ما قاله البغوي ، وأن الذي قاله الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه إنما هو تخريج على القول الآخر ، وهو الاكتفاء بما يثبت من العنة ثم أن الكفاءة حق للمرأة وحق للأولياء ، فإن كانت الكفاءة مطلوبة رعاية لحق المرأة بأن تكون مخيرة وأراد الولى تزويجها أو طلبت الإذن بغير المخير ، وصححناه فالمعتبر التنقى من كل عيب يثبت الخيار لها ، سواء ثبت لها وحدها كالجب والعنة، أو لها وللولى كالجنون وإن كانت مطلوبة رعاية لحق الأولياء بأن رغبت هي في الشخص ، وامتنعوا فالمعتبر التنقي من العيب الذي يثبت لهم الخيار وهو الجنون دون ما عداه ، فإطلاق التصحيح غير مستقيم .

قوله : ويشبه أن يكون جريان الرق في الأمهات مؤثرًا أيضًا وكذلك يعلق به الولاء . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : يقتضي أنه لم يقف في المسألة على نقل ، وقد صرح صاحب «البيان» في بالمسألة وجزم بأنه لا يؤثر فقال : من ولدته رقيقه كفؤ لمن ولدته عربية لأنه يتبع الأب في النسب ،قال في «الروضة» : وما قاله في «البيان » هو المفهوم من كلام الأصحاب .

الأمر الثاني : أن تعليل عدم كفاءة هذا الجزء الذي مس الرق أمهاته بأن الولاء يتعلق به قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وليس كذلك ، بل الصحيح المذكور في باب الولاء من « الشرحين » و « الروضة »: أنه لا ولاء عليه .

قوله : ويعتبر النسب في العجم أيضًا كما يعتبر في العرب على الظاهر، وقضية الاعتبار في من سوى قريش من العرب أيضًا ، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء . انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن كلام الرافعي يقتضي أنه لم يظفر بنقل صريح في ذلك ، ولهذا تفقه فقال : ومقتضاه إلى آخره ، وقد صرح بالمسألة جماعة منهم الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » فقالا : اختلف أصحابنا في غير قريش ، فالبصريون يقولون بأنهم متكافئون ، والبغداديون يقولون بالتفاضل فتفضل مضر على ربيعة ، وتفضل عدنان على قحطان اعتبارًا بالقرب من رسول الله ﷺ ، وقد وافقه في « الروضة » على ما يقتضي سكوتهم عن المسألة ، إلا أنه نقل عن «تعليقة إبراهيم المروذى» أن غير كنانة ليسوا أكفاء لكنانة .

الأمر الثاني : أن اعتبار النسب في الكفاءة أضيق من اعتباره في الإمامة العظمي ، ولهذا سووا بين قريش في الإمامة ولم يسووا بينها في الكفاءة ،

وقد جزم الرافعي في الإمامة بأنه إذا لم يوجد قرشي مستجمع للشروط نصب كناني فإن لم يكن فرجل من ولد إسماعيل ، فإن تعذر انتقلنا إلى العجم ، وتابعه عليه في « الروضة »، وحينئذ فإذا قدموا الكناني على غيره ولم يكافئوا بينها هناك ففي النكاح بطريق الأولى .

الأمر الثالث : أن النووي في « الروضة » قد استدرك على الرافعي فقال : مقتضى كلام الأكثرين أن غير قريش من العرب متكافئون ، كما صرح به هؤلاء الجماعة الذين نقل عنهم الرافعي ، والذي ذكره في « الروضة » عجيب فإنه صحح اعتبار الكفاءة في نسب العجم فأقل مراتب غير قريش من العرب أن يكونوا كالعجم فلزم اعتباره فيهم أيضًا كما يقوله الرافعي بلا شك والذي اغتر به النووي إنما هو نقل الرافعي خلافه عن جماعة ، والظاهر أن تلك الجماعة ممن تقول أن الكفاءة في غير العرب لا تعتبر .

قوله : والفاسق ليس بكفء للعفيفة وكذلك المبتدع مع السنية . انتهى.

هذا الكلام موهم وناقص فإنه يشعر بأن الفاسق والفاسقة كفآن من حيث الجملة ، والذي يتوجه عند زيادة الفسق أو اختلاف نوعه عدم الكفاءة ويؤيده أنه إذا كان بالمرأة عيب آخر ، أو ذلك العيب بالرجل ، لكن الذي به أفحش أو أكبر فليس بكفء ، وكذلك إن تساويا ، أو كان الذي بها أكثر على الصحيح كذا ذكره الرافعي هنا ، وفي باب خيار النكاح وقريب منه أن الكامل الرق هل يكون كفءً للمبعضة ؟ على وجهين أصحهما على ما حكاه في « الكفاية » عن صاحب « الذخائر» أنه لا يكون بكفء وينبغي أيضًا إثبات الخيار إذا تجدد الفسق أو الرق بأن يكونا كافرين، ويلتحق أحدهما بدار الحرب ويسترق، ثم إنه لا شك أن الفسق بالقتل أو بالسكر المفضي إلى زوال العقل والضرر على النفس ونحوها ليس في

تعدى المفسدة والنفرة منه كعقوق الوالدين وترك الصلاة والإصرار على الصغيرة ونحو ذلك .

قوله : والحرفة الدنية في الآثار والاشتهار بالفسق مما يعير به الولد فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنية أو مشهورًا بفسق مع من أبوها عدل كما ذكرنا في من أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه ، قد تابعه عليه في «الروضة » أيضًا والمنقول خلافه فقد جزم الهروي في « الاشراف » بأن ذلك لا أثر له وجعل مثله ولد المعيب [كابن الأبرص ونحوه ،ذكر ذلك في الورقة الأخيرة من كتابه] (١) .

قوله : قال الإمام والغزالي لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب ، وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم ، وهذا الذي ذكراه من أن الانتساب إلى العظماء لا يعتبر لا يساعده عليه كلام النقلة هذا صاحب « التتمة » يقول: وللعجم عرف في الكفاءة فيعتبر عرفهم . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الذي نقله الرافعي هنا عن الغزالي وشيخه حاصله عدم اعتبار النسب إلى طائفتين : إحداهما : العظماء ، والثانية : الظلمة فأما الظلمة فأمرهم واضح ، وأما العظماء فإنه ممنوع كما ستعرفه من كلام الرافعي ، وكيف لا يعتبر وأقل مراتب الأمره أن يكون كالحرفة ، وأهل الحرفة الشريفة لا يكافئ أهل الحرفة الخسيسة .

الأمر الثاني : أن ما ذكره عن « التتمة » مقتصرًا عليه ، ورد به على الإمام والغزالي ، قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وليس فيه رد بالكلية

---

(١) سقط من جـ .

فإن العرف الذي عزاه إلى العجم ، وذكر أنه يعتبر لم يقع له تعريف في كلامه ، وحينئذ فيقول القائل :هل من جملته الانتساب إلى العظماء أم لا؟ ، وقد بينه صاحب « التتمة » في الكلام الذي نقله عنه الرافعي فإنه قال : فرع العجم ما جرت عادتهم بحفظ الأنساب والتفاخر بها ولكن لهم في الكفاءة عرف وهو أنهم يقدمون الأمراء والرؤساء والقضاة والعلماء على السوقة فيعتبر عرفهم ولا يجعل السوقة أكفاء لها ولا الأصناف، هذا لفظه فترك الرافعي موضع الحاجة منه نسيانًا أو غلطًا ، وأما كون النسب من حيث هو معتبر في العجم أم لا فليس هذا موضعه ، وقد ذكره الرافعي قبل هذا بدون ورقة وصحح اعتباره ، إنما الكلام في النسب إلى العظماء عربًا كانوا أو عجمًا هل يعتبر أم لا ؟، وقد تلخص أنه معتبر كما تقدم في أولاد الأمراء والعلماء ونحوهم .

قوله : فلو كان يلي أمرها السلطان فهل له تزويجها بغير كفء إذا طلبته؟ قولان أو وجهان : أظهرهما المنع لأنه كالنائب عن أولياء النسب فلا يترك الحظ لهم وقطع الشيخ أبو محمد بالجواز . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الصحيح أن الخلاف وجهان كذا جزم به في « المحرر » و« الشرح الصغير » ولم يصحح في « الروضة » أيضًا شيئًا .

الثاني : أن النووي قد أسقط الطريقة القاطعة فلم يذكرها في «الروضة».

قوله في أصل « الروضة »: فرع: إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه نظر فإن كانت معيبة بعيب يثبت الخيار فالمذهب أنه لا يصح وإن زوجه من لا تكافئه بجهة أخرى صح على الأصح إذ لا عار على الرجل في استفراش من دونه ، ثم قال : وإن زوجه عمياء أو عجوزًا أو معقودة بعض الأطراف فوجهان ، ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى

والأقطع والشيخ الهم الوجهان . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلام الرافعي في « الشرح الصغير » مقتضاه تصحيح الصحة في مسألة الأعمى ونظائره .

الثاني : أن ما ذكره في عكسه بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه وتابعه عليه في « الروضة » أيضًا عجيب فقد صرح بنقله قبل ذلك بدون ورقتين في الكلام على خصال الكفاءة فقال : وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة كالعمى والقطع وتشوه الصورة ، وقال: هي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض الأصحاب واختاره الصيمري هذا كلامه .

وهذا الخلاف هو ذاك بعينه .

قوله : وإن زوج المجنون أمة جاز إن كان معسرًا وخشي عليه ، العنت وفي وجه لا يجوز لأنه لا يخشى وطء يوجب حدًا ولا إثمًا وهو ضعيف وإن كان النقض بسبب آخر فعلى ما ذكرنا في الصغير . انتهى .

وما ذكره من أن حكمه في ذلك حكم الصغير قد تابعه عليه في «الروضة » ومن جملة ما قدمه في الصغير أنه لو زوجه قرناء أو رتقاء أو أبق لم يصح ولكن من جملة الأسباب التي يزوج المجنون لأجلها أن يكون محتاجًا للخدمة والخدمة لا فرق فيها بين الرتقاء والقرناء لا سيما إذا كان [آيسًا] (١) من الاحتياج إلى النكاح لهرم وعنة وجب ونحوها .

قوله : ولو زوج بنته لخنثى قد بان رجلاً أو ابنة بخنثى قد بان امرأة فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب فالخنثى كالمجنون والمجنونة حتى لا يصح النكاح على المذهب ، وإلا فكالأعمى حتى يجيء الوجهان السابقان ، زاد في «الروضة » على هذا فقال : والخصي كالخنثى في هذا .

قال البغوي : وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقًا فزوجها بخصي

(١) في جـ ! أمناً .

أو خنثى والله أعلم .

وما نقله عن البغوي وأقره حاصله صحة النكاح ، وقد خالف الماوردي فجزم بالمنع ورجحه ابن الرفعة في المطلب فقال : إنه الظاهر .

قوله : فرع: للسيد أن يزوج أمته من الرقيق ودني النسب . انتهى .

هذا الفرع ذكره البغوي في « التهذيب » وعلله فقال : ولو زوج السيد أمته من عبد أو دني النسب دون رضاها يصح لأنهما متكافئان لأن نسب الحر وإن كان دنيًا لا يكون دون العبد هذا كلامه، فأخذ منه الرافعي دون تعليله ، وتبعه عليه في « الروضة » وما ذكروه من التكافؤ بين العبد والأمة عجيب فإن العبد قد يكون عجميًا والأمة عربية ، بل قرشية هاشمية ، وذلك بأن يتزوج القرشي أو الهاشمي أمة بشروطها فأتت ببنت فإنها عربية، والكفاءة من جملتها المساواة في الحرية والنسب وحينئذ فقد اشتركا في الرق وامتازت الأمة بالنسب وهكذا القول في ذى النسب إذا كان حرًا لأن الخصال لا يجبر بعضها بعضًا على الصحيح فالصواب مراعاة ما ذكرته، وقد صرح به قبل هذا الموضع بدون ورقة .

فقال : والأمة العربية بالحر العجمي على هذا الخلاف أي الخلاف في الانجبار المذكور ، وتبعه عليه في « الروضة » أيضًا ، والصواب حمل هذا الموضع على أنه من تتمة كلام الإمام وهو مرجوح .

قوله : وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع ، ثم هل لها الامتناع من التمكين ؟ فيه وجهان لأن الوطء في ملك اليمين بمثابة نفس النكاح . انتهى .

والصحيح منهما أنه لا يلزمها التمكين ففي الرافعي و « الروضة » في باب الاستبراء ما يؤخذ منه ذلك ، فإن الرافعي قال : إذا قال السيد للأمة قد أخبرتيني بتمام الاستبراء ، وأنكرت الأمة هل لها تحليفه أم لا ؟ **فيه وجهان :**

حقيقتهما : أنه هل للأمة المخاصمة ، ثم قال ما نصه : والخلاف مأخوذ من الخلاف في أنه هل للأمة أن تمتنع من السيد الأبرص والمجذوم ؟ فإن قلنا نعم فهي صاحبة حق فلها المخاصمة هذا لفظه ،ثم إن النووي صحح من زياداته أن لها المخاصمة فلزم من مجموع كلامهما تصحيح جواز الامتناع ، ونقل هنا في « الروضة » من زوائده عن « التتمة » أن الأصح لزوم التمكين ، ولم يعترض عليه وصححه أيضًا الروياني في «البحر » .

قوله من «زياداته» : لو زوجها بعض الأولياء بكفء بدون مهر المثل برضاها دون رضا بقية الأولياء صح قطعًا إذ لا حق لهم في المهر . انتهى .

هذه المسألة قد سبق ذكرها من الرافعي في الكلام على العضل .

الفصل الثامن
في تزاحم الأولياء

قوله : ولو قالت [رضيت أن أزوج أو] (١) رضيت بفلان زوجًا فوجهان : أحدهما: أنه ليس لأحد من الأولياء تزويجها لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام ولا خاطبت واحدًا منهم على التعيين .

وأظهرهما : أنه يكفي ، ثم قال فلو عينت بعد ذلك واحدًا هل ينعزل الآخرون ؟ فيه وجهان لأن في التخصيص إشعارًا برفع الإطلاق ، والمذكور من الوجهين في «الرقم» انعزال الآخرين ، وفي «التهذيب» مقابله. انتهى .

والأصح عدم الانعزال ، كذا قاله في «الروضة» من زوائده .

قوله : الرابعة : إذا سبق واحد معين ثم التبس وأشكل الأمر فتوقف حتى يتبين الحال ، ولا يجوز لواحد منهما غشيانها ولا لثالث نكاحها قبل أن يطلقاها أو يموتا أو يطلق أحدهما ويموت الثاني . انتهى .

ولابد من إنقضاء عدتها بعد موت أحدهما حتي تحل بيقين فينبغي أن تتفطن له وقد نبه عليه في «الروضة» .

قوله : وإذا تقرر البطلان عند احتمال السبق والمعية ، وفي ما إذا سبق أحدهما ولم يعلم السابق فهل يبطل ظاهرًا وباطنًا حتى لا يؤثر تعيين السابق يومًا من الدهر أم باطنًا فقط ؟ ، ذكروا فيه وجهين ، ثم قال : ويشبه أن يقال : هذا الخلاف والخلاف المذكور في أنهما يبطلان ويرتفعان بنفسهما أو يحتاج إلى الرفع والفسخ شيء واحد والاختلاف في العبارة . انتهى كلامه.

---

(١) سقط من أ .

ومقتضى ما قاله الرافعي من كون الخلافين شيئًا واحدًا أنا إن قلنا لابد من إنشاء فسخ انفسخ باطنًا ، وإن قلنا ينفسخ بنفسه انفسخ ظاهرًا فقط ، هذا هو الذي يقتضيه تعليل الرافعي في الكلام على المسألة وهو المناسب أيضًا في المعنى فافهمه ، فإن الرافعي لم يصرح به ، وهو في محل النظر ، وحينئذ فيكون الصحيح عدم الانفساخ باطنًا لأن الصحيح أنه لا يحتاج إلى إنشاء فسخ وهذا الذي ذكره الرافعي من كون الخلاف إنما هو في اللفظ أسقطه في « الروضة » ، وحكى وجهين من غير ترجيح ، وكأنه استشكل عليه تعيين البناء فأسقطه ، ثم ذكر من زوائده ترجيحًا آخر فقال : ينبغي أن يقال الأصح أنه إن جرى فسخ من الحاكم انفسخ باطنًا وإلا فلا .

قوله : الثانية : إذا قلنا بالتوقف فهل يطالبان بالنفقة؟ فيه وجهان أظهرهما: عند الإمام لا ، والثاني : نعم وبه قطع ابن كج ، ثم قال ما نصه : وعلى هذا ـ أى على الثاني ـ فيوزع عليهما ، وإذا ظهر السبق لأحدهما وتعين رجع الآخر بما أنفق .

قال الشيخ أبو عاصم : ويحتمل أن يقال إنما يرجع إذا كان قد أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهذا جزم القاضي ابن كج . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من الرجوع إذا كان بغير إذنه ، تابعه عليه في « الروضة » وهو سهو وصوابه العكس فيرجع إذا كان بالإذن ، ولا يرجع إذا كان بغير إذنه .

قوله : فرع : لو كانت خرساء أو خرست بعد التزويج فأقرت بالإشارة بسبق أحد الزوجين لزمهما الإقرار وإلا فلا يمين عليها ، والحال حال الإشكال حكي هذا عن نصه . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم اليمين عليها إذا لم يقر بالإشارة تابعه عليه في

الروضة » وهو غير مـستقيم ، فإن قاعدتنا المذكـورة في كتاب اللعان وفي غيره أن الأخرس يحلف بالإشارة فليكن هنا كـذلك ،ولا يستقيم أيضًا أن يكون المراد بلا يمين عـليـهمـا أى بزيادة مـيم عـلى أنه مـثنى عـائد على المسارعين لأن تحلـيفهـما أيضًا مـشروع على مـا أوضحه الـرافعي في هذا الفصل .

الباب الخامس
في المولى عليه

قوله : فإن كان المجنون كبيراً زوج بالحاجة وهي إما حاجته إلى النكاح، وإما توقع شفائه باستفراغ الماء ، وإما احتياجه إلى من يخدمه . وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية .

ثم قال : فإن كان المجنون صغيراً لم يصح تزويجه على الصحيح ، وقيل يزوجه الأب أو الجد . انتهى .

والمنع في الصغير تابعه عليه في « الروضة » وهو ذهول عن العلة الأخيرة على أن الشافعي قد نص على المنع أيضًا .

قوله : ومتى جاز تزويج المجنون فلا يجوز إلا امرأة واحدة لأن الحاجة تندفع بها . انتهى .

وقد تقدم في أوائل كتاب النكاح في الكلام على المقدمة أن الشخص قد لا تعفه المرأة الواحدة ومثله يستحب له الزيادة على الواحدة إلى أن ينتهي إلى المقدار الذي يحصل به الإعفاف ، ويتجه مثله في المجنون أيضًا وتعليل الرافعي يشير إليه ، وقد أشار إليه الرافعي أيضًا في الكلام على السفيه وقد تكون الواحدة كافية للمجنون في الاستمتاع لكنها لا تكفيه في الخدمة ، وقد تخرج الواحدة من أهلية الاستمتاع لمرض أو كبر ونحو ذلك، ولا يتأتى فراقها منه ،وذكر النووي في « الروضة » هذا الحكم بدون التعليل فصار الاعتراض عليه أبلغ .

قوله : ويجوز أن يتزوج الصغير أربعًا على الأصح ، وقيل:لا يجوز أن يزيد على واحدة ، زاد في « الروضة » على هذا فقال ما نصه : وفي

«الإبانة» وجـه أنه لا يـجـوز تزويجـه أصـلاً ورغم أنـه الأصح وهو غلط . انتهى لفظه بحروفه .

وما ذكـره من حكاية وجه في « الإبانة » للفـوراني رغم أن الأصح أن تزويجه للصغـير ممتنع ومن تغليطه له فيه هو الغلط العجـيب ، فإن الوجه المذكور ليس له ذكر في «الإبانة» بالكليـة فضلاً عن تصحيحه بل فيـها كما في الرافعـي وغيره وهو الجـزم بالجواز ، وحكاية وجـهين في الزيادة على المرأة الواحدة فقـد قال فيهـا بعد أن ذكر قبـول الواحدة للسفيـه ما نصه : وهل يتزوج السفيه أكثر من امرأة ؟ فعلى وجهين الأصح : أنه لا يجوز ، وكذا لو أراد أب الـصغيـر والمجـنون قبـول نكاح أكثـر من واحدة ؟ فـيه وجهان هذه عبارته ذكر ذلك في الفصل الثـاني المعقود للمحجور عليه في الكلام على السفـيه ، كذا رأيته في نسـختين صحيـحتين من « الإبانة » ، ولم يذكر المسألة في غير هذا الموضع ، ثم رأيت أيضًا نسختين من« العمد» له أى الفـورانى فرأيتـه قد نص على المسـألة في موضـعين وهما الوصـايا والنكاح فقال في النكاح : فـأما الصبي العاقل فيجـوز للأب أن يقبل عليه النكاح ، وهل يقبل له نكاح أكثر من امـرأة واحدة ؟ وجهان : الأصح أنه لا يجـوز هذه عـبـارته وذكـر في الوصـايا يجـوز ذلك ، ونقله عن نص الشافعي [فقـال نص الشافعي] (١) على نحو الأربع للصـغير ، ونص في السفيه على أنه لا يجوز فجعلها بعضهم على قولين ، والذي أوقع النووي في هذا الغلط هو صاحب « البيان » فـإنه نقل ذلك عن الفورانى فقال في باب ما يصـح به النكاح : يجوز للأب والجـد أن يزوج ابنه الصغـير ، ثم قال ما نصه : وقال المسعودي .هل يزوج الصـغير ؟ فيه وجهان : الأصح لا يزوجـه لأنه لا حاجـة به إليـه انتهى لفظـه ، ومراد صـاحب «البيـان» بالمسعودي هو الفورانى كما تقدم إيضاحـه وذكر سبب الغلط فيه في مقدمة كتابنـا هذا فحصل له في هذه المسألة بخـصوصها غلط من وجـهين فقلده

(١) سقط من جـ .

النووي في هذا الموضع ظنًا صحة ما نقله فيه إلا أنه احترز عن أحد الموضعين ، وصرح بالفوراني على الصواب فوقع في الخطأ بالنسبة إلى الموضع الآخر لا سيما وقد إستظرت أيضًا بمراجعة تصنيفه الأخر وهو «العمد» وإلا فالنووي لم يقف على «الإبانة» بالكلية ، وأما « العمد » فإنه أعزب منه وأعز وجودًا، ثم تأملت فوجدت الغلط قد وقع لصاحب « البيان» من مسألة أخرى ذكرها في « الإبانة » فإنه قال فيها في الكلام على المجنون ما نصه : وإن كان صغيرًا فالأصح أنه لا يزوجه هذه عبارته، فتوهم أن المراد الصغير من حيث الجملة ، وغفل عن كون الكلام في المجنون ، فوقع في الغلط وأوقع فيه غيره ،ووجه وقوع مثل هذا الموضع في « البيان » أن مصنفه رحمه الله جمع عليه حالة نحو أربعين شخصًا من طلبته واستعان بهم في إخراج المسائل وإملائها عليه ليضعها وهذا وإن أفاد في تيسير التصنيف فإنه يضر من جهة تقليد من ليس أهلاً للتصنيف .

قوله : وفي المجنونة أوجه الصحيح :أن الأب والجد عند عدمه يزوجانها، وقيل لا يستقلان بتزويج الكبيرة الثيب بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها والثالث : لا يزوج الثيب الصغيرة كما لو كانت عاقلة ، ثم قال : ولا فرق بين من بلغت مجنونة ومن بلغت عاقلة ثم جنت بناه على أن من بلغ عاقلاً ثم جن فولاية ماله لأبيه وهو الأصح ، وإن قلنا أنها للسلطان فكذا التزويج . انتهى .

وما ذكره من بناء التزويج على ولاية المال في طرآن الجنون يقتضي أن يكون كذلك أيضًا في طرآن السفه ،وحينئذ فيكون الأصح أنه لا يزوجها إلا السلطان لأن الأصح أنه الذي يلي ماله ـ أى مال من طرأ سفهه ـ ، وهذا الذي صرح به الرافعي وابتنى عليه ما نبهنا عليه خلاف المعروف في المذهب، فقد قال إمام الحرمين في « النهاية » في فصل أوله قال : ويزوج

الأب أو الجد بعد ذكر وجهين في ولاية المال ما نصه: ثم إن قلنا ولاية المال للسلطان فيظهر عندنا أن تقول الأب ينفرد بالتزويج لما نبهنا عليه من انفراده بتزويج البكر البالغة وإن كانت ولاية المال إليها ، هذه عبارته ولم يذكر غير ذلك ، وذكر في « البسيط » نحوه ، وعبر بالظاهر ، وقال في «الوسيط » إن قلنا بعودة ولاية المال للأب والجد زوج ، وإن قلنا لا فوجهان : أحدهما لا تعود ولاية النكاح كولاية المال .

وأظهرهما : أنها تعود لأنهما كاملا الشفقة .

فكانا أولى من غيرهما ، وذكر صاحب « الذخائر » مثله ، وكذلك الغزالي شارح « المهذب » ، وقال في « التتمة » : إن تزويجها إلى الأب بلا خلاف ،ولكن إذا قلنا بأن ولاية المال لا تعود إليه فيزوج بإذن السلطان هذا حاصل كلامه ، وذكر ابن الرفعة في « الكفاية » بعض ما ذكرناه ، ولم ينقل ما جزم به الرافعي بالكلية إلا أنه أعني ابن الرفعة قد وهم في حكاية كلام « التتمة » كما نبهت عليه في كتابنا المسمي « بالهداية » وفي إثبات الوجهين في كلام الغزالي ومن بعده نظر، والظاهر أنه نظر أول كلام الإمام فقط فرأى الوجهين فتوهم أن حكايتهما كمجيء مثلهما في التزويج.

قوله : وأما المجنونة التي لا أب لها ولا جد قال: فإن كانت صغيرة لم تزوج لعدم من يخيرها ولا حاجة لها في الحال وإن كانت بالغة فقيل يزوجها القريب ولكن بشرط إذن السلطان ليقوم مقام إذنها، والأصح أن السلطان هو الذي يزوجها كما يلي مالها لكن تراجع أقاربها لأنهم أعرف بمصالحها وتطييبًا لقلوبهم ، وهذه المراجعة واجبة أو مستحبة ؟ وجهان ، صحح البغوي الوجوب وضعفه الإمام . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الوجهين هنا من غير ترجيح ، والصحيح الاستحباب فقد جزم الماوردي بما يقتضيه وصرح بتصحيحه

الروياني في « البحر » ، وقال في موضع آخر منه : إنه ظاهر النص ، وجزم في الرافعي في الكلام على تحريم الخطبة بما حاصله ذلك ، فإنه قال: والمعتبر رد الولى وإجابته إن كانت مجبرة ، وإلا فردها وإجابتها ، وفي الأمة [رد] (١) السيد وفي المجنونة رد السلطان وإجابته [إن كانت مجبرة وإلا فردها وإجابتها هذا كلامه فلو كان إذن الأقارب واجبًا لكان ردهم وإجابتهم] (٢) معتبرة ولهذا جزم بذلك في « الحاوي الصغير » .

واعلم أن الخلاف المذكور يجدي أيضًا في وجوب المراجعة إذا كان المجنون ذكرًا وزوجه السلطان ، قاله البغوي في « التهذيب » ولم يتعرض له الرافعي .

قوله : فإن عين الولى للسفيه امرأة لم يجز له نكاح غيرها ولينكحها بمهر المثل أو بما دونه ، ثم قال : فإن زاد فتسقط الزيادة التي لا يملك التصرف فيها ويجب مهر المثل ، قال ابن الصباغ :القياس بطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، والفرق أن على التقديرالأول تستحق الزوجة قدر مهر المثل من العين ، وعلى الثاني يجب مهر المثل في الذمة، انتهى كلامه .

وما ذكره هاهنا من ترجيح بطلان الزائد فقط قد خالفه في الباب الثاني من كتاب الصداق في السبب الخامس منه فذكر في ما إذا قبل لابنه الصغير أو المجنون ما قاله ابن الصباغ هنا في السفيه وسوف أبسط المسألة هناك إن شاء الله تعالي فراجعها .

قوله : وهل يشترط في صحة إذن الولى للسفيه تعيين امرأة أو نساء قبيلة أو تقدير المهر ؟ ففيه وجهان :

أحدهما وبه قطع بعضهم: أنه يشترط لأنا لا نأمن أن ينكح شريفة يستغرق مهرها ماله .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

وأصحهما : لا بل يكفي الإطلاق . انتهى .

أهمل في « الروضة » الطريقة القاطعة بالبطلان .

قوله في أصل « الروضة » في المسألة : نعم لو نكح الشريفة المذكورة فوجهان : اختيار الإمام وبه قطع الغزالي أنه لا يصح النكاح ، بل يتقيد بموافقة المصلحة . انتهى .

وما ادعاه من قطع الغزالي ليس كذلك ،فقد توقف فيه في « البسيط » ثم مال إلى تفصيل فقال ما نصه : فبعد التصحيح فالوجه أن ينظر إلى المصلحة ، فإن لم يوافقها حكم بالبطلان هذا لفظه ولا شك أن الاستغراق لا ينافي كونه مصلحة ، فإنه قد يكون كسوبًا أو المهر مؤجلاً وفي اتصاله بأهل المرأة رفق ، وعبارة الرافعي لا يرد عليها شيء ، فإنه عبر بقوله اختيار الإمام منهما وهو المذكور في الكتاب المنع .

قوله : ولو قال له أي للسفيه انكح من شئت بما شئت ذكر بعضهم أن الإذن يبطل لأنه رفع الحجر بالكلية . انتهى .

ذكر نحوه في « الروضة » أيضًا ، وهذا الذي نقله عن بعضهم قد جزم به الروياني في « البحر » حكمًا وتعليلاً ، وعبر بقوله لا يجوز ولا شك أن اللفظ الصادر من الولى عام في الزوجات وفي المهور ، وحينئذ فيدخل فيه المرأة اللائقة به بمهر مثلها والإذن فيه جائز لأنه لا يشترط تعيين المرأة ، وحينئذ فقد جمع بين ما يجوز وما لا يجوز ، وحينئذ فيصح ما يجوز على الصحيح هذا قياس المسألة فاعلمه، وعبارة الرافعي والروياني لا تنافيه فلتحمل عليه .

قوله : إحداها : إذا نكح السفيه بغير إذن الولى بطل النكاح ويفرق بينهما فإن كان قد دخل بها فلا حد للشبهة ، وفي المهر أوجه : أصحها: أنه لا يجب كما لو بيع منه شيء فأتلفه وهذا لأن معاقدته والتسليم إليه تسليط

على التصرف والإتلاف ،وفي هذا إشكال من جهة أن المهر حق الزوجة وقد يزوج ولا شعور لها بحال الزوج فكيف يبطل حقها ؟ ، ثم قال : والثاني يجب مهر المثل ، والثالث : يجب أقل ما يتمول . انتهى .

تابعه في « الروضة » على تصحيح عدم الوجوب وليس على إطلاقه ، بل صورته إذا كانت المرأة رشيدة ، فإن كانت سفيهة وجب لها مهر المثل ، كذا ذكره النووي في «فتاويه» وذكر الرافعي في ما إذا صدر منه شراء عين مثله أيضًا ، وقد سبق إيضاحه في باب الحجر من هذا الكتاب .

قوله في المسألة من زوائده :وإذا لم نوجب شيئًا بعد الحجر فلا شيء عليه على المذهب كالصبي إذا وطيء ثم بلغ ، وحكى الشاشي فيه وجهين . انتهى كلامه .

وهذه المسألة تؤخذ من كلام الرافعي في باب الحجر فإنه حكم على البيع بهذا الحكم بعينه ، والنكاح مثله وهذا الحكم في ما لو كانت رشيدة لكن وطئها نائمة أو مجنونة أو مكرهة ، وقد نبه عليه في « الكفاية » في نظير المسألة ، وهو ما إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ووطيء وحكى خلافًا في ما إذا كانت أمة لأن الحق لغيرها ويتجه جريانه هنا .

قوله : فإذا التمس السفيه النكاح مع ظهور أمارة الحاجة إن اعتبرناه أو دونه إن لم يعتبره فعلى الولي الإجابة فإن امتنع فتزوج السفيه بنفسه أطلق الأصحاب فيه وجهين : أصحهما عند المتولي : أنه لا يصح النكاح كما لو تزوج العبد بنفسه إذا لم يأذن السيد . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي صححه المتولي قد صححه في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح ،ولم يصرح في « الروضة » أيضًا بتصحيحه بل نقله عن المتولي كما نقله الرافعي .

الأمر الثاني : أن هذا القياس الذي ذكره الرافعي وهو القياس على العبد

ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » وهو قياس فاسد لأنه إن لم يكن تفريعًا على إيجاب التزويج فبطلان القياس واضح لأن العبد تعاطى التزويج حيث لا يجب تزويجه والسفيه تعاطاه حيث يجب ، وإن كان تفريعًا على الإيجاب كان حكمه حكم السفيه والحالة هذه كذا ذكره الرافعي بعد هذا بنحو ورقة ، فقال نقلاً عن الإمام : ولو نكح بنفسه قال الإمام : هو كما لو طلب السفيه فامتنع الولي فنكح .هذا لفظه ، ولم يذكر ما يخالفه ، وتابعه عليه في « الروضة » ولم يذكر أعني النووي القياس المذكور فسلم من هذا الاعتراض .

قوله في « الروضة »: ويصح طلاق المحجور عليه فإن كان مطلاقًا سرى بجارية . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الكلام يقتضي أنه لا يسري في الابتداء ، وينبغي جواز الأمرين كما في إعفاف الأب ويتعين هنا ما فيه المصلحة ، وقد يقال إذا طلب السفيه التزويج بخصوصه تعين .

الأمر الثاني : أن تعبيره بقوله بجارية ـ أعني بباء الجر ـ قد ذكره أيضًا في باب الحجر لكنه قد نبه في « تحرير التنبيه » ، على أنه خطأ فقال قول الشيخ: وإن كان يكثر الطلاق سرى جارية هكذا ضبطناه عن نسخة المصنف ـ أي بغير باء ـ وتقع في كثير من النسخ بالباء والصواب حذفها ،هذا كلامه.

قوله في أوائل الكلام على السفيه والمحجور عليه بسفه :لا يستقل بالتزويج بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه ، ثم قال هاهنا : والكلام في من يلي أمر السفيه سبق في الحجر ، وذكر أبو الفرج الزاز إلى آخر ما قال .

ومجموعه يدل على أن نكاح السفيه يتعلق بالأب ثم الجد ثم الوصي

ثم الحاكم ، وقد صرح ـ أعني الرافعي ـ في باب الوصايا بأن الوصي يلي التزويج ، ولكن حذفه من « الروضة » هناك ، ثم إن النووي ذكر هنا شيئًا من «زوائده» ، وكأنه غير مستحضر لمجموع ما سبق فقال : قلت. الأصح أنه إن كان له أب أو جد فإن التزويج إليه ، وإلا فلا يجوز أن يزوجه إلا القاضي أو من فوض القاضي إليه تزويجه ، وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والله أعلم .

قوله : فرعان : أحدهما :قال في « التهذيب »: إقرار السفيه على نفسه بالنكاح لا يصح لأنه ليس ممن يباشر بنفسه وهذا يشكل بإقرار المرأة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الحكم الذي نقله عن « التهذيب » فقط ثم استشكله قد سبق منه الجزم به في أول كتاب الإقرار وعلله بقوله اعتبارًا للإقرار بالإنشاء، ثم ذكر بعد ذلك عن الإمام ما يقتضي أن العلة في ذلك ما فيه من إتلاف المال ، وهذا التعليل صحيح فحينئذ يكون الحكم في نفسه صحيحًا، والإشكال في التعليل فقط .

الأمر الثاني : أن البغوي قد جزم في أول الإقرار بالصحة على عكس ما جزم به ها هنا ، ولو اطلع عليه الرافعي لأعجبه لكونه أبلغ فيما يحاوله الرافعي في الرد على البغوي .

الأمر الثالث : أن هذا إنما يأتي إذا لم يأذن الولى للسفيه في النكاح فإن أذن له فيه لزم القول بصحته .

قوله : وهل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح؟ قولان : القديم: نعم ، والجديد:لا وإن كان صغيراً فالأصح أنه كالكبير وقيل : يخير قطعًا ، واختاره ابن كج . انتهى .

وما ذكره في الصغـير من ترجيح عدم تزويجه مخـالف لنص الشافعي والأصحاب والقياس الجلى ، ولما جزم هو به في موضع آخر.

أما مخالفـته لنص الشافعي والأصحاب فقـد قال هو - أعني الرافعي - في كتاب الرضاع في الأصل الثاني من البـاب الثالث: ولو زوج مستولدته من عبده الصغير فأرضعته بلبن السيـد حرمت على السيد والصغير معًا وانفسخ نكاح الصغير .

أما حرمـتها على السيد فلأنهـا زوجة أبيه ، وأما على الصغيـر فلأنها موطوءة أبيه وحكي ابن الحـداد أن المزني روي عن الشافعي رضى الله عنه في مسائله أنها لا تحرم على السيد ، وأنه أنكر ذلك على الشافعي ، وعلى ذلك جرى ابن الحداد والأصحاب وجعلوا الرواية غلطًا .

قال الشيخ أبو علي : لكن يمكن تخريج ما نقل على قول في أن العبد الصغير لا يجوز إجباره على النكاح، أو على قول في أن أم الولد لا يجوز تزويجها بحال ،أو على وجه ذكر في أنه لا يجوز للسيد أن يزوج ابنته من عبده بحال إذا لم يصحح النكاح على أحد هذه الأوجه لم تكن هي زوجة الابن فلا تحـرم على السيـد ، ومهمـا أمكن تخريج المنقـول على تنزيلات صحيحة لم يجز الحمل على الغلط المطلق ،هذا كلام الرافعي ومقتضاه بلا شك أن الراجح عنده وعند الأصحاب صحة تزويج العبد الصغير لأنه جزم به ثم نقل أن الأصحـاب جروا عليه وأنهم جـعلوا الرواية غلطًا ، ثم نقل عن الشيخ أبي على أنه خرج له محامل ضعيفة يصح بها عدم الإجبار وأن ذلك أولى من الغلط المطلق وممن اختار تزويج العبـد الصغير المـاوردي فـي « الحـاوي » والشـيخ في « التنـبـيـه » وجـزمـا به وقـال ابن يونس :إنه الصحيح .

وأما مـخالفته للقـياس الجلي فلأنه يجـوز عندنا للأب والجد أن يزوج

ولده الصغير لأنه يلي أمره فإذا أجاز ذلك لكونه يتصرف جاز للسيد بطريق الأولى لأنه يملك التصرف والرقبة ، وقد نقل الرافعي في الكلام على التحليل عن الأئمة ما يوافق الإجبار أيضًا فقال : قال الأئمة: أسلم طريق في الباب وأدفعه للعار والغيرة أن تُزوج بعبد طفلٍ للزوج أو غيره ، وتستدخل حشفته ثم تملكه ببيع أو هبة فينفسخ النكاح ويحصل التحليل إذا اكتفينا بوطء الصغير هذه عبارته ، فانظر كيف أسند صحته إلى الأئمة غير أنه قال عقبه ويتعلق بأصل آخر وهو إجبار العبد الصغير والذي قاله تصرف منه مناف لكلامهم ولا يسلم له ذلك ، وحكى الدرمازى في «رفع التمويه عن مشكل التنبيه » طريقة ثالثة وهي القطع بالمنع لأن في تزويج الكبير غرضًا ظاهرا ، وهو صيانة ملكه بخلاف الصغير.

قوله : وإذا فرعنا على جواز إجبار العبد فيجوز أن يزوج أمته من عبده الصغير أو البالغ ، وحينئذ فلا مهر: وفي استحباب ذكره قولان :الجديد: استحبابه . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نسبة الاستحباب إلى الجديد وهو غلط ، بل الصواب الذي ذكره أئمة المذهب هو العكس وهو استحبابه في القديم وعدمه في الجديد بل إن شاء سمى وإن شاء فلا ،كذا صرح به ابن الصباغ في « الشامل » والمتولي في « التتمة » في الباب الرابع من أبواب النكاح ، والروياني في كتابيه « البحر » و«الحلية» والعمراني في «البيان» وابن الرفعة في « الكفاية » ،ووقع في بعض نسخ الرافعي على الصواب وجزم في « التتمة » في الباب الرابع من أبواب الصداق بالاستحباب موافقًا للقديم ونقل البيهقي في « المبسوط » عن القديم ما حاصله وجوب التسمية ، واعلم أن هذه المسألة قد ذكرها الرافعي في ثلاثة مواضع :

أحدها : في هذا الموضع ، والثاني : في الفصل المعقود لتزويج الرقيق

وهو قبيل كتاب الصداق .

والثالث : في الباب الثالث من كتاب الرضاع وحاصل ما حكى في الثلاث خلافًا في صحة النكاح وعلى الصحة خلافًا في أن المهر هل وجب وسقط أم لم يجب ؟، وخلافًا في استحباب التسمية وذكرت في الكلام على نكاح الرقيق فوائد ـ وهو قبل الصداق ـ أخرى متعلقة بمسألتنا فراجعها .

قوله في « الروضة »: له إجبار أمته على النكاح ، ثم قال : والمدبرة والمعلق عتقها كالقنة وكذا أم الولد على الصحيح . انتهى .

وتعبيره بالصحيح يدل على أن الخلاف وجهان وهو المذكور في «المنهاج» أيضًا لكن المذكور في أمهات الأولاد من « الروضة » والرافعي أن في المسألة ثلاثة أقوال وسنذكر إن شاء الله تعالى عبارته في موضعها ،وقد سلم الرافعي من هذا الاختلاف فإنه عبر بقوله فيه خلاف وفي « المحرر » بلفظ الأصح ، وقد سبق لك غير مرة أنه لا اصطلاح له فيه .

قوله : وإذا طلبت المكاتبة التزويج ففي وجوب الإجابة وجهان . انتهى.

والأصح عدم الوجوب كذا صححه النووي من زياداته .

قوله : فرع : إذا كان لعبده المأذون في التجارة أمة ، وكان عليه دين فزوجها السيد بإذن العبد والغرماء صح ، وإن زوجها بإذن العبد دون الغرماء أو بالعكس لم يصح في أظهر الوجهين ، وبيعه وهبته وطؤه كالتزويج . انتهى .

وهذه المسألة فيها كلام يتعين الوقوف عليه سبق ذكره واضحًا في معاملة العبيد فلتراجع .

واعلم أن السيد إذا وطيء أمة المأذون ولا دين عليه كان وطؤها حجرًا

عليه فيها ، وقيل يفصل بين أن يعزل أم لا ، كذا رأيته في هذا الباب من «شرح المختصر » للصيدلاني ، ويعبر عنه ابن الرفعة في « المطلب » تارة بالداوودى وتارة بابن داوود ثم ذكر عقبه أنه لا يحتاج إلى استبراء بعد قضاء الدين على الصحيح .

قوله : وإذا وطئ بغير إذن الغرماء فهل عليه المهر؟ فيه وجهان ، زاد النووي على هذا فقال : قلت لعل أصحهما الوجوب لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء بخلاف وطء المرهونة . انتهى .

وما جزم به من تعلق حق الغرماء بالمهر وجعله دليلاً للترجيح المذكور قد تقدم منه في باب معاملة العبيد من « زوائده » أيضًا الجزم بعكسه فراجعه .

قوله : ولو أحبلها فالولد حر والجارية أم ولد إن كان موسراً ، فإن كان معسراً لم تصر أم ولد وتباع في الدين ، فإن ملكها بعد ذلك فالحكم كما مر في المرهونة . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » ، والذي تقدم في ملك المرهونة بعد الإحبال أنها تعتق على الراجح، وحينئذ فيقال لم جعلها كالمرهونة في ما إذا ملكها بعد الإحبال ، ولم يجعلها كالمرهونة وقت الإحبال حتى يجيء في عتقها ثلاثة أقوال : الثالث التفصيل بين الموسر والمعسر ، بل جزم بعتقها على الموسر وبعدمه على المعسر .

قوله : وكذا الحكم في استيلاد الجارية الجانية وفي استيلاد الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين وإن لم نحكم بثبوت الاستيلاد في الحال وجبت قيمة الولد في جارية العبد المأذون ، وفي جارية التركة ولا يجب في الجانية والمرهونة لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » والذي ذكره في ولد جارية التركة هنا قد خالفه في الباب الثالث من كتاب الرهن فذكر ما حاصله أن الصحيح أن حق الورثة لا يتعلق بالولد بالكلية حتى لا تجب قيمته على الوارث ، وقد تقدم هناك ذكر عبارته .

قوله : ولو أعتق عبد المأذون وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبداً من التركة ، وعلى المورث دين قال البغوي : قيل في نفوذ العتق قولان كإعتاق المرهون والمذهب أنه إن كان معسراً لم تنفذ وإن كان موسراً نفذ كالاستيلاد وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد كإعتاق العبد الجاني . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره في المسألة الأولى ليس على إطلاقه ، بل محله إذا لم يأذن العبد والغرماء ، فإن أذنوا جاز كما سبق إيضاحه في باب معاملة العبيد، وقد سبق قريبًا في باقي التصرفات ما يؤخذ منه أيضًا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره في المسألة الثانية وهي إعتاق الوارث سبق الكلام عليه واضحًا في الباب الثالث من أبواب الرهن فراجعه .

قوله : وتزويج التي تعلق المال برقبتها دون إذن المجني عليه لا يجوز إن كان السيد معسراً ، فإن كان موسراً فأحد الوجهين أنه يصح ويجعل اختياراً للفداء . انتهى كلامه .

قال في « الروضة » من زياداته : الأصح هو الجواز والذي ذكره يشكل على منع البيع في هذه الحالة وقد سووا في الرهن بين إزالة الملك وتنقيصه في الامتناع .

قوله : الثالثة: تزويج السيد أمته بالملك أو بالولاية فيه وجهان : أظهرهما أنه بالملك لأنه يملك الاستمتاع بها كما يملك تزويجها والتصرف [في ما يملك استيفاؤه ونقله إلى الغير يكون نحو الملك] (١) **، ويتفرع عليه**

(١) سقط من جـ.

مسائل منها إذا كان لمسلم أمة كتابية فظاهر المذهب أنه له تزويجها بالملك، وإذا قلنا بهذا فهي لا تصلح للحر المسلم إنما يزوجها من الحر الكتابي أو من العبد المسلم إذا جوزنا لهما ذلك . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا التعليل الذي ذكره منقوض بما إذا كانت الأمة لا تحل له .

الأمر الثاني : أن حصره التزويج في الحر الكتابي والعبد المسلم غير صحيح ، فإن العبد الكتابي يجوز له نكاح الأمة الكتابية على الصحيح ، ولو حذف لفظ الحر لاستقام وقد تفطن في « الروضة » لهذا الاعتراض فحذف التقييد بالمسلم فقال : بعبد أو حر كتابي هذه عبارته ،ولو سلك ما سلكناه لكان أولى لأن إطلاق العبد يدخل فيه الكتابي وغيره كالوثني والمجوسي وعابد القمر والشمس ، فإن الصحيح أن العبد يبقي على هذا الدين ولا يقتل .

قوله في أصل « الروضة » : فإن جوزنا أي تزويج أمة المحجور عليه . فقال الإمام : يجوز تزويج أمته الثيب الصغيرة وإن لم تجز تزويجها ، ولا يجوز للأب تزويج البكر البالغة قهرًا ، وإن كان يقهرها وفي من يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان أحدهما : ولي ماله نسبيًا كان أو وصيًا أو قيمًا كسائر التصرفات .

وأصحهما : أنه ولي النكاح الذي يلي المال، وعلى هذا غير الأب والجد لا يزوج أمة الصغير والصغيرة ، والأب لا يزوج أمة البنت الصغيرة وإن كانت مجنونة زوج وإن كانت لسفيهة فلابد من إذنه . انتهى .

وهذا الكلام المذكور في تزويج أمة البنت الصغيرة مضطرب فإنه نقل أولاً عن الإمام جوازه ، ولم يذكر فيه خلافًا ، بل ارتضاه وأقره وانتقل

إلى غيره ، ثم ذكر في آخر الكلام أنه لا يجوز ، وهذا الذي وقع فيها سببه سوء الاختصار ، فإن الرافعي بعد ذكره لكلام الإمام ، قال : وهذا يوافق وجهًا للأصحاب في أن ولي المال يزوج أمة الصغير والمجنون ،ثم قال: والأظهر وجه آخر وهو أن الذي يزوجها هو ولي النكاح الذي يلي المال وعلى هذا غير الأب والجد لا يزوجها لأنه لا يزوج الصغيرة والصغير والأب لا يزوج أمة البنت الصغيرة هذا كلامه، فاختصره في « الروضة » على هذا النمط المتقدم وعجيب كونه لم يتفطن له مع قرب ما بين الكلامين.

قال ـ رحمه الله :

القسم الثالث
من الكتاب في الموانع
وهي أربعة الأول : المحرمية

قوله : وأربع نسوة يحرمن في النسب وفي الرضاع قد يحرمن وقد لا يحرمن إحداهن أم الأخ والأخت من النسب حرام لأنها إما أم أو زوجة أب ، وفي الرضاع إن كان كذلك حرمت أيضًا ، وإن لم يكن كما إذا أرضعت أجنبية أخاك أو أختك لم تحرم ، ثم قال : الثانية أم نافلتك أي ولد ولدك تحرم في النسب لأنها إما بنتك أو زوجة ابنك .

الثالثة : جدة ولدك في النسب حرام لأنها إما أمك أو أم زوجتك.

الرابعة : أخت ولدك من النسب حرام لأنها إما بنتك أو ربيبتك بخلاف الرضاع في الكل . انتهى ملخصًا .

وهذه الصور الأربع قد ذكر الرافعي في كتاب الرضاع أنه لا حاجة إلى استثنائها ونقل النووي هنا من زياداته عن المحققين مثله ، ولهذا لم يستثنها الشافعي ولا الجمهور ولا استثنيت في الحديث الصحيح لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ولهذا لم تعد أم الأخ من المحرمات بل إنما حرمت لكونها أمًا أو زوجة أب ، فأم الأخ والأخت من الرضاع إن كانت أمًا أو زوجة أب كانت حرامًا أيضًا وإن لم تكن أمًا ولا زوجة أب لم تكن حرامًا ، ومثل هذا لم يحرم من النسب ، فإنه لا يوجد في النسب أم أخ ولا أم أخت ليست أمًا ولا زوجة أب وإنما تحتاج إلى الاستثناء لو كان يوجد في النسب مثل أم الأخ والأخت الحلال في الرضاع ، وذلك غير

موجود فإن أم الأخ والأخت الحلال في الرضاع هي التي ليست أمًا ولا زوجة أب [لا توجد في النسب أم أخ ليست أمًا ولا زوجة لأب] (١) وكذلك العمل في البواقي والجواب الجامع أن يقول الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل ، وهذه المسائل لم تدخل لأنا قلنا تحرم الأم والبنت ونحو ذلك ولا يوجد في الرضاع أم حلال ولا بنت حلال ، ولم يقل في النسب تحرم أم الأخ وأم الأخت وأم الولد وجدة الولد وأخت الولد ، والمسائل المستثناة إنما تدخل في هذا اللفظ لا في لفظ الأم والبنت ونحوهما فاللفظ المذكور في المحرمات لا يدخل فيه هذه المسائل ، واللفظ الذي تدخل فيه هذه المسائل لم يذكر في المحرمات ، وحذف في « التعجيز » أم الحاقد ، وزاد ثلاث مسائل وهي أم العم وأم الخال وأخو الابن فقال الاستثناء أم أخ أو عم أو خال وجدة ابن وأخيه وأخوه وقوله وأخوه أي أخو أبيه وصورته في إمرأة لها ابن ، ثم إن ابنها ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن فذاك الابن أخو ابن المرأة المذكورة أولاً ، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخو أبيها ، والكلام في هذه المسائل كالكلام في ما سبق وقد جمع بعضهم الأربعة التي ذكرها الرافعي في بيتين فقال :

أربع في الرضاع هن حلال وإذا ما ناسبتهن حرام
أي جدة الابن وأخت الابن وأم الأخ وأم الحافد

قوله جدة ابن وأخته ثم أم لأخيه وحافد والسلام في أصل« الروضة »: فأما النكاح الفاسد فلا يتعلق به حرمة المصاهرة إلى آخره .

وما جزم به من عدم التحريم قد جزم بعكسه في « دقائق المنهاج » فقال : وقول « المحرر » تحرم من جهة المصاهرة بالنكاح الصحيح الصواب حذف لفظ الصحيح كما حذفها « المنهاج » فإن حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح الفاسد هذا كلامه، وهو غلط سببه اشتباه مسألة بمسألة وذلك أن

(١) سقط من جـ.

الرافعي . قال في « المحـرر » ويحرم من جهة المصاهرة بـالنكاح الصحيح أمهـات الزوجـة إلى آخر مـا قال ثم قـال : ويحرم بالدخـول في النكاح الصحيح بنات الزوجة إلى آخره .

وتقييده الأول بالصحيح مسـتقيم دون الثاني فأراد النووي أن ينبه على كلامـه الثاني فـانتقل نظره إلى المصـاهرة المذكورة في الكلام الأول فـتكلم عليهـا فغلط وكـان صوابه أن يقول قـول « المحرر » ويحـرم بالدخول في النكاح الصحيح صوابه حذف لفظ الصحيح ثم يوضح الاحتراز .

قوله : وتثبت المصاهرة إذا استدخلت المرأة ماء زوجهـا أو ماء أجنبي بشبهة . انتهى .

نقل صاحب « الحاوي » عن بعض الأصحـاب ولم يخالفه أنه يشترط في التـحـريم باسـتدخـال مـاء الزوج أن تكون المرأة زوجـة حـالة الإنزال والاستدخال ، وعلى هذا ففي ماء الأجنبي يشـترط أن تكون الشبهة قائمة في الحالتين .

قوله في المسألة : وتجب به العدة أي [باستدخال الماء لكن لا يحصل به الإحصان والتحليل وفى تقدير] (١) المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة ووجوب الغسل ووجوب المهر في صورة الشبـهة وجهان : أصحهما المنع . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من عدم ثبوت الرجعـة قد جزم بعكسه بعد ذلك في الكلام على الفـسخ بالتـعنين وسـتعـرف لفـظه هناك ،ووقع الموضعـان في «الروضة» كذلك وزاد عليهما موضعًا ثالثًا في الكلام على التحليل ذكر فيه أنها تثبت ، واقـتضى كلامه هناك أنه المعروف للشافـعي وأصحابه وبذلك يظهر رجحـان الفتوى بالثبـوت على خلاف ما ذكره هنا ، وسـأذكر لفظه أيضًا هناك ، واقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » على الموضع الثاني ، وهو أيضًا يؤيد ما قلناه .

---

(١) سقط من جـ.

قوله في « الروضة » : وإذا اختلطت محرمة بعدد محصور فليجتنبهن، فلو خالف ونكح واحدة منهن لم يصح على الأصح ، قال الإمام : المحصور : ما عسر عده على آحاد الناس .

وقال الغزالي : كل عدد لو اجتمعوا في صعيد يعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالألف فهو غير محصور ، وإن سهل كالعشرة والعشرين فمحصور وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن وما وقع فيه الشك استفت فيه القلب . انتهى كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ عن الإمام تفسيرًا للمحصور غلط ، وإنما هو تفسير لعدم المحصور ، وقد ذكره الرافعي على الصواب فاشتبه على النووي .

قال ـ رحمه الله :

الجنس الثاني
ما لا يوجب حرمة مؤبدة

قوله : وضبط تحريم الجمع بين المرأتين بعبارات، ثم قال : الثالث يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها ، وإن شئت قلت بين المرأة وزوجة ابنها ، [وعن الجمع بين المرأة وبنت زوجها ، وإن شئت قلت بين المرأة وزوجة ابنها](١) فإن هذا الجمع غير محرم ، وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كانت إحداهما ذكرًا لأنا لو قدرنا أم الزوج ذكرًا حرمت عليه زوجة الابن ولو قدرنا بنت الزوج ذكرًا حرمت عليه زوجة الابن لكن ليس بينهما قرابة ولا رضاع ، وإنما ذلك التحريم بسبب المصاهرة ، والمعني إن سبب تحريم الجمع ما فيه من قطيعة الرحم للوحشة والمنافسة القوية بين الضربين ، روي عن النبيﷺ أنه أشار إليه فقال : « فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن » (٢) والرضاع في معنى القرابة لأنه ينبت اللحم وينشز العظم ، وأما المصاهرة فليس فيها رحم حتى يفرض قطعه ، وقد يستغنى عن قيد القرابة والرضاع بأن يقال يحرم الجمع بين كل امرأتين أيتهما قدرت ذكرًا حرمت عليه الأخرى فتخرج الصورتان المذكورتان بقولنا أيتهما لأن أم الزوج وإن كانت تحرم عليها زوجة الابن لو قدرت ذكرًا ، لكن زوجة الابن لو قدرت ذكرًا لا تحرم عليه الأخرى بل تكون أجنبية عنه . انتهى كلامه .

واعلم أن الأمة وسيدتها أيتهما قدرناها ذكرًا والأخرى أنثى لحرم

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه ابن حبان (٤١١٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، بسند ضعيف .

التناكح بينهما إذ يحرم على العبد نكاح سيدته وعلى السيد نكاح جاريته ومع ذلك يجوز الجمع بينهما للضابط والمعنى اللذين نقلهما الرافعي عن الأصحاب ، ويتصور الجمع بين الحرة والأمة في العبد وكذلك في الحر إذا تزوج الأمة لإعساره ، ثم أراد نكاح الحرة عليها وفي غير ذلك مما هو معروف في بابه.

إذا علمت ذلك فاعلم أن تقييد الأصحاب التحريم بالقرابة والرضاع كما أخرج الصورتين المذكورتين فقد أخرج هذه الثالثة ، ولم يستحضر الرافعي هذه الصورة فظن أنه لا يخرج بها سوى الأوليين فذكر أنه يصح الاستغناء عن هذا القيد بقوله أيتهما فلزم خروج هذه الصورة ، وأن يكون الضابط غير جامع ولم يذكر في « الروضة » ما ذكره الرافعي من هذا الكلام الأخير فسلم من الاعتراض وإن كان يظن أنه لا يخرج سوى الصورتين .

قوله : وإذا اشترى أختين فوطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الأولى ، ثم قال ولا يكفي استبراؤها لأنه لا يزيل الفراش ، وعن القاضي الحسين أن القياس الاكتفاء لأنه يدل على البراءة . انتهى .

وهذا النقل المذكور غلط على القاضي فإن الذي رأيته في «تعليقته» إنما هو الجزم بعدم الاكتفاء ، وأورد عليه أمورًا وأجاب عنها ، ثم إن التعليل الذي نقله عنه الرافعي واقتصر عليه عجيب فإنه لا مناسبة فيه وحده لما ذكره، وله تتمة ذكرها القاضي ، والمراد لا يعلم إلا بها فقال : فإن قال قائل وجب أن يقولوا بالجواز عند الاستبراء كما يجوز له تزويجها هذا كلامه ، ثم أجاب عنه والسبب في أمثال هذه الأمور أن الرافعي لم يقف على كلام القاضي نفسه وإنما ينقل عنه بوسائط يحصل معها التحريف .

قوله : ولو كان تحته صغيرة وكبيرة مدخول بها فارتدت الكبيرة

وأرضعت [أمها في عدتها الصغيرة] (١) وقف نكاح الصغيرة فإن أصرت الكبيرة حتي انقضت العدة بقي نكاح الصغيرة بحاله ، وإن رجعت إلى الإسلام بطل نكاح الصغيرة لأنها صارت أختًا للكبيرة ، واجتمعت معها في النكاح، وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان يأتي ذكرهما في نظير المسألة في باب الرضاع أظهرهما عند الشيخ أبي علي : أنه لا يبطل ، بل هو كما لو نكح أختًا على أخت . انتهى .

واعلم أن المسألة الآتية في الرضاع صورتها كهذه إلا أن الردة لم تقع وسيأتي هناك أن الأصح من القولين في تلك الصورة أن نكاحهما ينفسخ ، وما امتازت به هذه الصورة من الردة فلا يحسن فارقًا لأنا قد تبينا بقاء أحكام « الزوجية » كلها بعودها إلى الإسلام ، وحينئذ يكون الصحيح في مسألتنا هو الانفساخ أيضًا على خلاف ما نقله عن الشيخ أبى علي وأقره عليه .

قوله : فرع لابن الحداد : نكح ست نسوة ثلاثًا في عقد وثنتين في عقد وواحدة في عقد ولم يعلم المُتقدم فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير لأنها لا تقع إلا أولى أو ثالثة أو رابعة فإنها لو تأخرت عن العقدين كان ثانيهما باطلاً فتقع هي صحيحة ، وأما البواقي فقال ابن الحداد : لا يثبت نكاحهن لأن كل واحدة من عقديهما يحتمل كونه متأخرًا باطلاً والأصل عدم الصحة ، قال الشيخ أبو على ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب بل يصح مع نكاح الواحدة ، أما الثنتان وأما الثلاث ، وهو الذي سبق الثنتين منهما ولا يعرف عينه فيوقف ويسأل الزوج فإن ادعى سبق الثنتين وصدقناه ثبت نكاحهما ، وإن ادعى سبق الثلاث وصدقه فكذلك ، وإن قال لا أدرى ، أو لم يبين فلهن طلب الفسخ ، وإن رضين بالضرر لم ينفسخ وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف ، فإن مات قبل

---

(١) في جـ : الصغيرة في عدتها .

البيان اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة ، ومن دخل بها أقصى الأجلين من وفاة وأقراء .

ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها ، ثم يحتـمل أن يكون الصحيح مـعها ، نكاح الثلاث فـلا تستحق غـير الربع المأخوذ ، ويحتمل صـحة نكاح الثنتين فتستحق الثلث فـتوقف ما بين الثلث والربع وهو نصف سـدس بين الواحدة والثـلاث لاحق للثنتين فيـه ويوقف الثلثان من نصيب النسوة بين الثنتين والثـلاث لا حق للواحدة فيه فإن أردن الصلح قبل الـبيان فـالصلح في نصف السدس بين الواحـدة والثلاث وفي الثلثين بين الثـلاث والثنتين ، وأمـا المهـر فللمـهـر وللفردة المسـمي ، وأمـا البواقي فـإن دخل بهن قابلنا المسمى لإحـدى الفرقتين ومهـر المثل للأخرى ومهر مثـل الأولى وأخذنا أكثر القدرين من التركـة ، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسـماها ومهـر مثلها ، ووقـفنا الباقي ، مثـاله : سمى لكل واحدة مـائة ومهر مـثل لكل واحدة خـمسون فـمسمى الـثلاث ومهـر مثل الثنتين أربعمـائة وهي أكثر من مسمى الثنتين ومـهر مثل الثلاث فـيأخذ من التـركة أربعـمائة ويـدفع إلى كل واحدة خـمسين ويـقف الباقى وهو مـائة وخمسون منها مائة بين النسـوة الخمس وخمسون بين الثلاث والورثة ، فإن بان صحة نكاح الثنتين فالمائة والخمسون للورثة وإن بان صحة الثلاث فالمائة والخمسون لهن ، وإن لم يدخل بواحدة أخذنا من التـركة أكثر المسمين ولا تعطى في الحال واحدة شيئًا ، والأكثر من المثال المذكور ثلثمائة فيقف مائتين بين الثلاث والثنتين ومـائة بين الثلاث والورثة ، وإن دخل بإحدى الفـرقتين أخذنا الأكـثر من المسـمى المدخول بهن فـقط ومن مهـر مثلهن مع مـسمى الفرقة الأخرى ، فأعطى الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن ، ثم قال ما نصه : ففي المثال المذكور إن دخل بالثنتين فمهر مثلهما مع مسمى الثلاث أربعمائة وذلك أكـثر من مسمى الثنتين فيأخـذ أربع مائة ويعطى كل واحدة

من الثنتين خمسين ويقف مائة بينهما وبين الثلاث ومائتين بين الثلاث والورثة فإن بان صحة نكاح الثنتين دفعنا المائة إليهما والباقي للورثة ، وإن بان صحة نكاح الثلاث دفعناها مع المائتين إليهن وإن دخل بالثلاث فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلثمائة وخمسون وذلك أكثر من مسمى الثلاث فيأخذ ثلثمائة وخمسين يعطى كل واحدة من الثلاث خمسين منها ويقف الباقي وهو مائتان ، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث والباقي بين الثنتين والورثة فإن بان صحة نكاح الثلاث أعطيناهن مائة وخمسين والباقي للورثة، وإن بان صحة الثنتين أعطيناهما المائتين .

قال الشيخ أبو على : فإن كانت المسألة بحالها ونكح أربعًا أخر في عقد رابع ولم يعرف الترتيب لم يحكم بصحة نكاح الواحدة لاحتمال وقوعه بعد الأربع ، فإن مات قبل البيان وقفنا ميراث زوجاته ولا تعطى واحدة منه شيئًا ، وأما المهر فإن دخل بهن أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسماها ومهر مثلها وأعطيناها أقلهما ووقفنا الباقي بينهما وبين الورثة ، فإن لم يدخل بواحدة منهن فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع ، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث أو مع الثنتين فشطر مهر الأربع وحده ومهر الواحدة مع الثلاث مع الثنتين وتؤخذ أكثر المقادير الثلاثة ويوقف وإن دخل ببعضهن أخذت المدخول بها أكثر مهريها وتعطى منه أقلهما ويوقف الباقي بينها وبين الورثة وأخذ لغير المدخول بها مسماها فيوقف بينها وبين الورثة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » فيه أمران :

أحدهما : أن تغليطه لكلام ابن الحداد المذكور في أول المسألة عجيب فقد تقدم قبل ذلك بنحو كراس قبيل الباب الخامس المعقود للأسباب المقتضية لنصب الولي في الكلام على النكاحين إذا وقعا على المرأة أن

الصحيح البطلان كما قاله ابن الحداد فراجعه .

الأمر الثـاني : أن تعبيره في أواخر المسألة بـقوله وذلك أكثر من مسمى الثنتين فتأخذ أربعمائة إلى آخـره تعبير ناقص بل ينبغي أن يقول من الثنتين مع مسمى الثلاث . انتهى كلامه .

وفيما ذكره أمران :

أحدهما : حيث قال : ففي المثال المذكور إن دخل بالثنتين فمهر مثلها مع مسمى الثلاث أربعمائة ، وذكر أكثـر من مسمى الثنتين فتأخذ أربعمائة إلى آخره ، فإن هذا الكلام قد نقص منه شيء ، وهو مـا نصه مع مسمى الثلاث ومحل هذه الزيادة قبل التعبير بقوله فيأخذ وبعد لفظ الثنتين .

الأمـر الثـاني : حيث قال قبل آخر كلامه بنـحو سطرين : فتأخذ أكثر المقادير الثـلاثة ويوقف فنقول هنا إذا وطئـهن فينبغي أن يوقف الأكـثر من ذلك مع مهر مثل الموطوءة في المقدارين الآخـرين ومن عكسه كما سبق لنا نظيره في العقود الثلاث .

قوله في الكلام على التحليل : الثالثـة : لا فرق أن يكون الزوج مسلمًا أو ذميًا إذا كانت المطلقة ذمية . انتهى .

واقتصاره في الذمية على المسلم والذمي يشعر بأن من عداهما كالوثني والحـربي لا يحصل به التـحليل وليس كـذلك ألا ترى أن النبي ﷺ رجم اليهوديين مع أن الرجم متوقف على الإحصان وهو الوطء في نكاح صحيح بشروط أخرى مـعروفة ، وقد نص على ذلك في « الأم » أيضًـا فقال هنا بعد أن استدل برجم اليهوديين ما نصه : وأصل معرفة هذا أن ينظر إلى كل زوج إذا انعقد نكاحه لا ينفسخ لفساد العقد . هذا لفظه .

والكفار أنكحـتهم صحيـحة لا محكوم بانفسـاخها وفسـادها ، وذكر

النووي في « الروضة » هذا الإعتراض فقال : قلت : لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحلانها أيضًا للمسلم كما يحصنانها صرح به إبراهيم المروذي هذا كلامه ، وكأنه لم يظفر بها لغير إبراهيم المذكور وأيضًا فاستدراكه بالمجوسي لا يستقيم لأنه من أهل الذمة أيضًا .

قوله من « زياداته » : ولو طلقها طلاقًا رجعيًا باستدخال الماء قبل الدخول ، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول ، وإن راجعها نص عليه الشافعي والأصحاب . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من الجزم بثبوت الرجعة باستدخال الماء قد سبق منه في الكلام على التحريم بالمصاهرة أن الأصح خلافه وسبق ذكر لفظه هناك ، لكنه سيذكر في الكلام على الفسخ بالعنة أن الرجعة تثبت على وفق المذكور هنا .

قوله : ولو نكحها على أن لا يطأها إلا مرة أو على أن لا يطأها نهارًا فللشافعي في صحته نصان فقيل هما قولان ، ثم قال : وأصحهما وبه قال الربيع أنهما محمولان على حالين فحيث قال يبطل النكاح أراد ما إذا شرطت الزوجة أن لا يطأها وحيث قال يصح أراد ما إذا شرط الزوج ذلك والفرق أن الوطء حق له فله تركه والتمكين حق عليها فليس لها تركه ، ولك أن تقول إذا شرط أحد المتعاقدين شرطًا فإن لم يساعده صاحبه لم يتم العقد ، وإن ساعده فالزوج بالمساعدة تارك لحقه [فهلا كانت مساعدته] (١) **كاشتراطه وهي بالمساعدة مانعه حقه فهلا كانت مساعدتها كاشتراطه . انتهى كلامه .**

فيه أمور :

---

(١) سقط من جـ .

أحـدها : أن ما ذكرناه هنا من تصحـيح [الطريقة الحاملة للنصين على حالين ومن تصحيح] [1] التفصيل قد خالفهما في « الشرح الصغير » فإنه صحح طريقة القولين ، وصحح منها البطلان فـقال ما نصه : ولو نكحها على أن لا يطأها إلا مرة فـفيه قـولان ، ويقال وجهان أحـدهما : بطلان النكاح لإخلال هذا الشرط بمقصود العقد وهو الأشبه .

ووجه الثـاني : القياس على ما إذا نكحها بشرط أن لا يتزوج عليها ، وقـيل لا خـلاف في المسـألة ، ولكن إذا شـرطت هـي أن لا يطأها بطل النكاح ، ولو شرط الزوج صح لأن الوطء حقـه فله تركه ، والتمكين حق عليها . هذا كلامه .

وعبارة « المحرر » توافق ما في « الشرح الصغير » فإنه جزم بالبطلان ، ولم يفـصل بين أن يكون هـو الشـارط أم لا ، وتبـعـه عليـه النووي في «المنهاج» لكنه صحح في « تصحيح التنبيه » ما صححه في « الروضة » من التفصيل تبعًا للرافعي .

الأمـر الثـــاني : أن قول الرافـعي : فحيث قـال : يبطل ، أراد ما إذا شرطت الزوجة أن لا يطأها ، فيه نظـر لأن الشرط إنما يؤثر إذا كان مقارنًا للعقـد والمرأة لا تعقد ، لا جرم أن صـاحب « التنبيه » عبـر بقوله : أهل الزوجة ، وعبر في « المهذب » بقوله من جهة المرأة .

الأمر الثالث : أن هذا الخلاف يجري أيضًا في ما إذا شرط أن لا يطأها مطلقًا ، كذا نقله الرافعي بعد ذلك في باب مثبتات الخيار في السبب الرابع المعقـود للعنة وحـذفه من « الروضـة » لتوهمه أنـه قد سبق ذكـره وليس كذلك، وقـد ذكره أيضًا صـاحب « التنبيـه » وغيره ، وذكـر الرافعي في كتـاب الصداق في البـاب الثاني منه وهو المعـقود للصداق الفـاسد كـلامًا

---

(١) سقط من جـ .

حاصله أن الخلاف في الإطلاق قد تقدم في الكلام على التحليل فقال : والضرب الثاني : ما يحل بمقصود النكاح كشرطه أن لا يطلقها أو لا يطأها، وقد سبق الكلام في الصورتين في فصل التحليل هذه عبارته وتبعه على ذلك في « الروضة » مع أن ذلك الخلاف لم يتقدم له ذكر هناك كما أوضحناه .

وقد سبق في البيع الكلام في أن هذا التفصيل الذي صححوه هنا هل يجرى هناك أم لا فراجعه .

قوله : ولو تزوج امرأة على أن لا تحل له ففي « النهاية » أنه يجب أن يلتحق ذلك بالخلاف في شرط الامتناع عن الوطء وقال في « الوسيط » : ينبغي أن يفسد لما فيه من التناقض . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا والأصح قول الغزالي ، كذا قاله في « الروضة » من «زياداته» .

قوله : السادسة : إذا قالت المطلقة ثلاثًا نكحت زوجًا آخر ووطئ وفارقني وانقضت عدتي منه فيقبل قولها عند الاحتمال ، وإن أنكر الزوج صدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر وذلك لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة والوطء مما يتعذر إقامة البينة عليه ، ثم إن غلب على ظنه صدقها فله نكاحها من غير كراهة ، وإن لم يغلب فالأولى أن لا ينكحها. انتهى كلامه.

تابعه على هذا الإطلاق في « الروضة » مع أن محل قبول قولها إنما هو بالنسبة إلى ما بينها وبين الزوج المطلق خاصة أو إلى الحاكم أيضًا ولكن أقامت بينة على الطلاق من الثاني فأما إذا اعترفت بذلك بين يدي الحاكم، ولم تقم عليه بينة فإنه لا يزوجها هكذا صرح به الرافعي قبل باب دعوى النسب نقلاً عن «فتاوى البغوي» من غير اعتراض عليه فقال من جملة مسائل نقلها عنه ما نصه : فإنه إذا حضر عند القاضي رجل وامرأة

واستدعت تزويجها من الرجل وذكرت أنها كانت زوجة فلان فطلقها أو مات عنها لم يزوجها القاضي ما لم تقم حجة على الطلاق أو الموت لأنها أقرب بالنكاح لفلان هذا لفظه ، وراجعت الفتاوى المذكورة فرأيته نقله عن القاضي الحسين أيضًا لكن ذكر القاضي في فتاويه ما يشكل على هذا فقال : إنها إذا ادعت علم الولى بوفاة زوجها أو طلاقه إياها فأنكر فإنها تحلف ، ويأمره الحاكم بتزويجها أو يزوجها الحاكم .

قوله من « زوائده » : جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظن المطلق ثلاثًا كذب المرأة فى دعوى التحليل لم يحل له نكاحها ، وتابعه الغزالي ، وهو غلط عند الأصحاب ، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه لشدة ضعفه . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم حكاية الرافعي له ليس كذلك فقد حكاه في آخر الكتاب الثاني المعقود لأركان الطلاق عن الروياني إلا أنه عبر بقوله : يجب البحث ، وهو معناه .

قوله أيضًا من « زوائده » في المسألة : قال إبراهيم المروذي : ولو كذبها الزوج والولي والشهود لم تحل على الأصح . انتهى كلامه .

وقد سبق من كلام الرافعي بقليل أن الزوج إذا اعترف بكذبها لا يحل له نكاحها ، ولم يحك فيه خلافًا وهذه الزيادة التي ذكرها النووي لا حاجة إليها ، وتوهم اشتراط الاجتماع في التحريم ولا يتصور القول به .

نعم استفدنا منها الإشارة إلى خلاف في المسألة .

قال ـ رحمه الله :

الجنس الثالث مـن الموانـــع

الــرق

قوله : فإن كان تحته حرة لا يتيسر الاستماع بها كما إذا كانت صغيرة أو هرمة أو غائبة أو مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء أو مضناة لا تحتمل الجماع فوجهان :

أحدهما : أنه يصح نكاح الأمة وهو الأصح عند صاحب « المهذب » وبه أجاب ابن الصباغ وطبقة من العراقيين ، وأجازه القاضي الحسين .

والثاني : المنع وهو المذكور في الكتاب و « النهاية » و « التهذيب » . انتهى ملخصًا .

تابعه في « الروضة » على عدم التصريح بالتصحيح وكذلك في «الشرح الصغير » أيضًا ، وكلامه في « المحرر » يقتضي المنع فإنه قال : ولا ينكح الحر مملوكة الغير إلا بشروط أحدها : أن لا تكون تحته حرة ، والأحوط المنع ، وإن كانت لا تصلح للاستمتاع ، هذا لفظه .

وصرح النووي في « المنهاج » بحكاية وجهين وبتصحيح الجواز ، ولم يجعله من زوائده بل أدخله في كلام الرافعي وهو عجيب .

قوله : الثالثة : لو لم ترض الحرة التي يجدها إلا بأكثر من مهر مثلها وهو واجد له ، فالمنقول في « التهذيب » أنه لا ينكح الأمة ، وفي « التتمة » أنه ينكحها كما يباح التيمم إذا بيع الماء بأكثر من ثمن المثل وتوسط الإمام والغزالي فقالا : إن كانت المغالاة بقدر كبير يعد بذله إسرافًا فله نكاح الأمة، وإلا فلا وفرقوا بين مسألة التيمم ، وبين ما يجيء فيه من وجهين :

أحدهما : أن الحاجة إلى الماء تتكرر .

والثاني : أن النكـاح يتعلق به أعراض كليـة لا يعد باذل المال في مـثلها مغبونًا . انتهى .

والذي ذكره الـبغوي قـد نقله في «الإبانة» عن القـفال والعمـراني في «الزوائد» عن الطبري لكن صحح النووي من زوائده الجواز قال : وقطع به آخرون وبه أجاب صاحب « الحاوي الصغير » ، ولم يصرح في « الكبير » بتصحـيح ، واعلم أن مسألة الغلو غـير مسألة الزيادة على ثمن المـثل كما أوضحته في باب السلم فراجعه .

قوله : ولو بيـعت الرقبـة بثمن غال ، والمكفـر واجد له فـهل يعدل إلى الصوم ؟ اختلف فيه كلام صاحب « التهذيب » فقال هاهنا : لا يعدل وقال في الكفـارات : يعـدل وذكر مـا أورده هنا ذكـر من ينقل وجـهًـا بعيـدًا أو تخريجًا غريبًا . انتهي كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ عن « التـهذيب » من التناقض ليس كذلك فإنه قال فيه هنا ما نصه : وكذلك رقـبة الكفارة إذا بيعت بثمن غال وهو واجد له لا ينتقل إلى الصوم بخلاف التـيمم لأنه يتكرر ، وقال الشيخ : وعندي فيه نظر ، وقال في الكفارات وإن وجد الـرقبة بثمن غال وهو واجد له لا ينتقل إلى الصـوم بخلاف التيـمم لأنه يتكرر ، قال الشيخ : وعندى فـيه نظر، وقال في الكفارات : وإن وجد الرقبة بثمن غال لا يجب الشراء كما لا يجب شراء الماء إذا بيع بثمن غال ، بل يتيمم .

قال الشيخ : ورأيت أنه يجب أن يشتـري بالثمن الغالي إذا كان واجدًا له هذه عبارته فعلمنا بقوله في الـنكاح وفيه نظر أنه يميل إلى عدم الوجوب على خلاف المنقول ، ثم إنه في الكفارات أجـاب أولاً بما يعتقده هو ، ثم نقل بعد ذلك ما رآه لغيره منقولاً ووقف عليه فقال : ورأيت أنه يجب أي رأيت لغيـري وهذا جواب واضح وذكـر ابن الرفعة في «الكـفاية » هنا أن

الرافعي قد حصل له غلط من وجوه وابن الرفعة هو الغالط في جميعها كما نبهت عليه في « الهداية إلى أوهام الكفاية » فاستحضره كيلا تظن صحته وإهمالي له .

قوله : فرع : ذكر القاضي ابن كج وجهين في أنه هل يجوز له نكاح الإماء مع ملك المسكن والخادم أم عليه بيعهما ؟ . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » : هو الجواز .

قوله : والمعسر الذي له ابن موسر يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن الإعفاف وإن أوجبناه فوجهان ، لأنه مستغنٍ بمال الابن . انتهى كلامه .

والأصح من الوجهين أنه لا يجوز له ذلك ، كذا صححه الرافعي في الكلام على إعفاف الأب وعبر بالأصح وصححه أيضًا هنا النووي من «زوائده» ، ولم يستحضر ما قاله الرافعي هناك .

قوله : ومن يحل له نكاح الأمة إذا قدر على مبعضة هل له نكاح الأمة المحضة ؟ فيه تردد للإمام لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وهو يقتضي الجزم بتبعيض الحرية وقد إختلف كلامهما في ذلك من وجهين : أوضحتهما في كتاب السير قبيل الكلام في الاغتنام فراجعه .

قوله في أصل « الروضة » عقب المسألة من غير فاصل : وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق فينكح الأمة مع القدرة على الحرة . انتهى كلامه .

واعلم أن إمام الحرمين قد جزم بهذه المسألة ، وزاد على ذلك فحكى الاتفاق عليه فقال قبيل فصل أوله الحر إذا جمع . . . إلى آخره ما نصه :

ومن نصفـه حر ونصـفه عبـد ينكح الأمة مع القدرة علـى نكاح حرة اتفق عليه الأصحاب لأن ما فيـه من الرق حطه عن الكمال هذه عبارته ، وجزم به أيضًا في « البسيط » و « الوجيز » ، وكذلك ابن الرفعة في «الكفاية »، في آخر الفـصل فاعلمه ، وكـلام ابن الرفعة و « الروضـة » لا يؤخذ منه الحكم في المسألة ، بل عـبارة « الروضة » توهم أن الإمـام هو الحاكي عن ذلك البـعض وليس كـذلك ، وقـد سلم الرافـعي من ذلك فـإنه لم يأت بصيغة « عن » .

قوله فيـها أيضًا : وإن جمع بـين حرة وأمة في عقد واحـد نظر إن كان ممن لا يحل له نكاح الأمـة فنكاح الأمـة باطل ونكاح الحـرة صـحـيح على الأظهر ، وإن كان ممن يحل له نكاح الأمه فإن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل أو بلا مهر أو بدون مهر المثل أو حـرة كتابية ، وقلنا : إن هذه المعاني لا تمنع نكاح الأمـة بطل نكاح الأمـة قـطعًـا لاستـغنـائه عنه ، وفي الحـرة طريقـان أظهـرهما عند الإمـام وبه قـال صاحب « التلخـيص » : إنه على القـولين ، وقـال ابن الحداد وأبو زيد وآخـرون : يبطل قطعًـا ، لأنه جمع بين امـرأتين يجوز إفراد كل منهما ، ولا يجوز الجمع فأشبه الأختين . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن ما ادعاه من بطلان نكاح الأمة قطعًـا ليس كذلك فقد جزم القاضي أبو الطيب في « المحرر » بصحة نكاحهما وعلله بأن المنع من نكاح الأمـة مـعـدوم ونقله عنه أيضًـا الروياني في « البـحـر » وجـزم به الجـرجاني فـي «المعاياة» في وأنـكره عليه ابـن الصلاح وابن الرفـعـة في «الكفـاية » وقـالا : إن ذلك لا يعـرف في شيء من كـتب المذهب غـيـر «المعاياة» وقد ظهر لك بطلان ما ادعياه .

الأمـــر الثـــاني : أن الأصح من الطريقـتين هـى الطريقـة الأولى وهو

التخـريج على القولين ، كذا صحـحهمـا الرافعي في « الشرح الصغـير » وعبر بالأظهر .

قوله : ولو جمع بين مسلمة ووثنية أو أجنبيـة ومحرمة أو خلية ومعتدة فهو كما لو جمع بين من لا يحل له نكاح الأمة بين حرة وأمة . انتهى .

واعلم أن للأصحـاب في هذه المسألة ونظائرها طريقين : إحـداهما : تخريج من يصح نكاحها على القولين فـي تفريق الصفقة بناء على أن العلة فيها هو الجمع بين حلال وحرام .

والطريقـة الثـانيـة : القطع فيـها بالصحـة بناء على أن العلة [هي] (١) الجهل بالعوض وذلك في النكاح لا يقدح .

إذا علمت ذلك ، فقـد اختلف كلام النووي في الراجح منهمـا فجزم في « الروضة » هنا بطريقة القولين تبعًا لظاهر كلام الرافعي وصحح طريقة القطع في كتاب البيع من « شرح المهذب » فإنه هناك ذكرها إستطرادًا فقال في أوائل باب تفريق الصـفقة ما نصـه : فيه طريقان المذهب : الـصحة ، والثاني : فيه قولان .

(١) في جـ : فيها .

قال ـ رحمه الله :

الجنس الرابع : من الموانع

الكفر

قوله : والصنف الثاني الذين لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان والشمس والنجوم والصور التي يستحسنونها والمعطلة والزنادقة والباطنية فلا تحل مناكحتهم .

أما المعطلة : فهم الذين يقولون بأن الأشياء وجدت بنفسها وينفون الخالق المدبر ، وقد صرح الرافعي بتفسيره في آخر الباب الثاني من أبواب اللعان .

وأما الزنادقة : فاختلف فيه كلام الرافعي وتبعه عليه في « الروضة » وقد أوضحت ذلك في باب الردة وغيره .

وأما الباطنية : فقوم ينطقون بالشهادتين إلا أنهم يستحلون المحرمات التي نص الله على تحريمها حتى يطئ المحارم ، ولهذا يقال لهم : الإباحية .

قوله : والصنف الثالث من لا كتاب له لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان : أشبههما نعم ، وعلى القولين لا يحمل مناكحتهم ، وقال أبو إسحاق وابن خربويه : يحل إن قلنا لهم كتاب وهو ضعيف . انتهى .

قد عبر الرافعي في كتاب الحرية بالأظهر عوضًا عن الأشبه ، وقول «المحرر » و « المنهاج » أنهم لا كتاب لهم يريد به الآن ، وما نقله عن أبي إسحاق وابن خربويه قد نقله القاضي الحسين عن القديم ، ونقله أبو

إسحاق المروزي [في كتاب « التوسط » عن المزني قال الإمام : وحكاه من أثق به] [(١)] عن الشيخ أبي بكر الطوسي .

قوله : وإذا طهرت الكتابية عن الحيض أو النفاس ألزمها الزوج الاغتسال فإن امتنعت أجبرها عليه واستباحها ، وإن لم ينو للضرورة كما تجبر المسلمة المجنونة . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وحكى في باب الوضوء من « شرح المهذب » خلافًا في وجوب النية من الذمية وزوج المجنونة فقال : قال المتولي : ولا يحل لزوج الذمية إلا إذا اغتسلت بنية استباحة الاستمتاع كما لو ظاهر كافر وأراد التكفير بالإعتاق فإنه لا يحل له الاستمتاع حتي يعتق بنية الكفارة ، وحكى الروياني فيه وجهين أحدهما : هذا ، والثاني وهو الأقيس عنده : أنها لا تحل بلا نية منها للضرورة، وأما المجنونة فلا يحل لزوجها وطؤها حتي يغسلها ، وهل يشترط نية الزوج؟ فيه وجهان ، ولو امتنعت زوجة المسلم من الغسل فأوصل الماء إلى بدنها قهرًا حلت ، وهل تفتقر إلى نية الزوج أم لا ؟ الظاهر أنه على الوجهين في المجنونة انتهي كلام شرح «المهذب» ملخصًا ،وصحح في التحقيق أنه لابد من نية الكافرة وزوج المجنونة فقال : ولو انقطع حيض كتابية أو مجنونة لم يحل الموطء حتي تغتسل الكتابية وتغسل المجنونة بنية ، وقيل :لا يشترط النية فيها ، ولو امتنعت منه مسلمة فغسلها قهرًا حلت هذا لفظ «التحقيق» بحروفه وهو مصحح في الكافرة والمجنونة بخلاف ما جزم به في « الروضة » ، وحكى ابن الرفعة في باب الحيض من « الكفاية » عن القاضي الحسين أن الذمية لابد فيها من تغسيل الزوج ونيته فتحصلنا على ثلاثة أوجه ، وفي المسألة إشكال ذكرته في كتاب الحيض من « المطالع » فليطلب منه .

قوله : واختلف كلام الشافعي ﷺ في أنه هل يجبر زوجته الكتابية

(١) سقط من جـ .

على الغسل من الجنابة ؟ ، فقال أكثر الأصحاب : هما قولان ، ومنهم من يحمل الإجبار على ما إذا طالت المدة ، وكان الزوج يعافها والمنع على غير هذه الحالة ، وأما المسلمة فهي مجبرة على الغسل من الجنابة ، هكذا أطلقه في «التهذيب» . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من القولين في الكتابية هو الإجبار فقد قال الرافعي في « المحرر » : إنه أظهر القولين وتبعه النووي في « الروضة » و«المنهاج » .

الأمر الثاني : أن ما نقله عن « التهذيب » وسكت عليه من كون الخلاف خاصًا بالكتابية فجزم به أيضًا في « المحرر » وهو مردود ، فإن القولين جاريان في المسلمة أيضًا ، قال في « الروضة » وإنما تجبر المسلمة جزمًا إذا حضر وقت الصلاة فإن لم تحضر صلاة ففي إجبارها القولان وهما مشهوران حتى في «التنبيه» .

قوله : ومهما ينجس فمها أو عضو آخر فلا خلاف أنه يجبرها على غسله ليمكنه الاستمتاع . انتهى كلامه .

وما ادعاه من نفي الخلاف ذكر مثله في « الشرح الصغير » ، وتبعه النووي في « الروضة » وهو غريب فإن المسألة فيها قولان حكاهما الشيخ في « التنبيه » .

قوله في « الروضة » : والذي ذكره الأصحاب في طرقهم جواز نكاح الإسرائيلية على الإطلاق من غير نظر إلى آبائها أدخلوا في ذلك الدين قبل التحريف أو بعده وليس كذلك لأن كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف ، وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة ، وذلك لأن إسرائيل هو يعقوب ﷺ وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل ولسنا نعلم أدخل كل بني

إسرائيل على كثرتهم في زمان موسى عليه السلام أم بعده قبل التحريف ، بل في القصص ما يدل على استمرار بعضهم على عبادة الأوثان والأديان الفاسدة وبتقدير استمرار هذا في اليهود فلا يستمر في النصاري لأن بني إسرائيل بعد بعثة عيسي ﷺ منهم من آمن به ومنهم من صد عنه فأصر على دين موسى ، ثم من المتنصرين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده ، ولكن كأن الأصحاب اكتفوا بشرف النسب وجعلوه جائز النقض دخول الآباء في الدين بعد التحريف حتي فارق حكمهن حكم غير الإسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف . انتهى كلامه .

وتعبيره في أول كلامه بقوله : « وليس كذلك » تحريف وصوابه حذف الكاف فنقول : « وليس ذلك » أي : ولم يقل ذلك لكذا بل لكذا فافهم ما ذكرته فإن المعنى يفسد بذكرها فتأمله معها ودونها ، وهو في الرافعي على الصواب .

قوله : المسألة الثانية الصابئون طائفة تعد من النصارى ، والسامرة طائفة تعد من اليهود ، والمنصوص أنهم إن خالفوا اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يبالون بنص كتابهم فلا يناكحون ، وإن خالفوهم في الفروع ، وأولوا نصوص كتابهم جاز وأطلق بعضهم قولين ، ثم قال بعده قال الإمام: ولا مجال للتردد في الذين يكفرهم النصاري واليهود ويخرجونهم من جملتهم ، نعم يمكن التردد في الذين ينزلونهم منزلة المبتدع فينا ، قال : وليس هذا تعريضًا بتحريم نكاح المبتدعة فينا . انتهى كلامه .

وما ذكره الإمام من عدم الخلاف في هذه الصورة ، ولم يصرح بموافقته ولا بمخالفته فالأمر فيه كما قاله - أعني الإمام - فقد صرح به الرافعي في كتاب عقد الذمة، ولم ينقله عن أحد وتابعه عليه في «الروضة».

قوله : ولو انتقل المشرك من دين نقر أهله عليه إلى مثله فقولان : أصحهما عند القاضي أبي حامد وصاحب « التهذيب » : أنه يقر عليه ، فإن قلنا : لا يقر عليه فقولان : أظهرهما عند الإمام أنه لا يقبل منه إلا الإسلام. انتهى .

أما المسألة الأولى فقد اختلف فيها كلام الرافعي فصحح في « المحرر » أنه يقر عليه ، وعبر بالأصح ، وصحح في « الشرح الصغير » أنه لا يقر وعبر أيضًا بالأصح .

وأما الثانية فالأصح فيها في « الشرح الصغير » أنه لا يقبل منه غير الإسلام .

وقال في « المحرر » : إنه المرجح من القولين وصحح النووي في كتبه أنه لا يقر وأنه يتعين الإسلام .

قوله : من أحد أبويه كتابي والآخر وثني نقر بالحرية على المذهب ، وأما مناكحته ومناكحة من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني وذبيحته فإن كانت الأم هي الكتابية لم يحل ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر هذا في حال صغر المتولد منهما ، فأما إذا بلغ وتدين بدين الكتابي منهما فقال الشافعي : تحل مناكحته وذبيحته فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً ، ومنهم من قال : لا أثر لبلوغه ، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهوديًا والآخر نصرانيًا . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الخلاف الأخير الذي حكاه هنا من غير ترجيح قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » والأصح منه عدم الحل ، فقد صححه الرافعي في أول كتاب الصيد والذبائح وعبر بالأصح ، وحذف النووي المسألة من « الروضة » هناك ظنًا منه أنه استوفاها في هذا الموضع فلزم خلو « الروضة » عن هذا الترجيح المهم .

الأمر الثاني : أن النووي قد ذكر في باب الصيد والذبائح من «الروضة» تبعًا للرافعي ما نصه . والمناكحة والذبيحة لا يفترقان إلا أن الأمة الكتابية تحل ذبيحتها دون مناكحتها ثم ذكر في أصل «الروضة» ها هنا أن الأم إذا كانت هى الكتابية فلا تحل مناكحتها قطعًا ، وما ادعاه من القطع ليس كذلك ، ولم يذكره الرافعي أيضًا فقد رأيت في « الكامل » للمعافى الموصلي خلافًا في ذلك فقال في باب الصيد والذبائح ما نصه : وعند أبي حنيفة أي الأبوين كان كتابيًا تحل ذبيحته وحكاه بعض الأصحاب قولاً لنا هذا لفظه ، وقد تقرر أن الملتين سواء حتى يجيء في كل منهما ما يجيء في الآخر فيكون هذا القول جاريًا في النكاح أيضًا .

قوله : وحكي الإمام أن من الأصحاب من جعل الطلاق على قولي وقف العقود وأجراهما في ما إذا أعتق عبد أبيه على ظن أنه حي فبان ميتًا والمذهب الأول فإن الطلاق والعتاق يقبلان صريح التعليق فأولى أن يقبلا تقدير التعليق . انتهى .

وهذه المسألة مذكورة في الرافعي و « الروضة » في مواضع واختلف كلامهما في الأصح من الطريقين ، وقد أوضحت ذلك في البيع .

قوله : في الأنكحة الحادثة في الشرك ثلاثة أوجه وسماها الغزالي أقوالاً الصحيح أنها محكوم بصحتها ، قال الله تعالى : ﴿ وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ ﴾ (١) ولأنهم لو ترافعوا إلينا أو أسلموا أقررناهم .

والثاني : أنها فاسدة لعدم مراعاتهم الشروط .

والثالث : لا نحكم بصحة ولا فساد بل يتوقف إلى الإسلام فما قرر عليه بانت صحته وما لا بان فساده . إذا تقرر هذا ، فمقتضى كلام المتولي

---

(١) سورة المسد (٤) .

وغيره أن الخلاف مخصوص بالعقود التي نحكم بفساد مثلها .

وقال الإمام : من يحكم بفسادها يلزمه أن لا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره ، والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع مذهب لا يعتقده ذو حاصل . انتهى .

زاد في « الروضة » فقال : الصواب التخصيص بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع وليس في كلام الإمام إثبات نقل طرده . انتهى .

وما ذكره النووي من عدم القول بذلك مردود فإن الماوردي في «الحاوي» قد حكى في المسألة طريقين :

إحداهما : حاكية لثلاثة أقوال .

قال : **والثانية** : وهي طريقة الأكثرين إنكار الخلاف ، وحمل قول الصحة على ما اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع ، وقول الفساد على حالة وجود الموانع وانتفاء الشروط ، وقول الوقف على انتفاء الموانع، ولكن مع الإخلال بالشروط كفقد الولي أو الشهود أو اللفظ الخاص ، ومعنى هذا القول أنهم إذا أسلموا عفونا عن الخلل وأقررناهم عليه . انتهى ملخصًا .

وذكر الروياني في « البحر » مثله ، ومقتضاه إثبات الخلاف مطلقًا عند القائل بالطريقة الأولى .

قوله : وإذا أصدق الكافر امرأة صداقًا فاسدًا كخمر وخنزير ثم أسلما بعد قبضه فلا شيء لها ، وإن كان قبل القبض وجب لها مهر المثل ، ولو أصدقها حرًا مسلمًا استرقوه ثم أسلما إما قبل القبض أو بعده فلا يقر في يده ويجب مهر المثل هكذا ذكروه ، وقياس ما سبق أن يخرج من يدها ، ولا ترجع بشيء كما تراق الخمر المقبوضة ولا تأخذ شيئًا . انتهى ملخصًا .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يوهم أن وجوب مهر المثل فيما إذا وقع

الإسلام بعد القبض خاص بما إذا أصدقها الحر المسلم لأنه ذكر أولاً قاعدة عامة ، ومثل لها بالخمر والخنزير ، ثم أخرج منها الحر المسلم فبقي ما عداه على الأصل لكنه ليس خاصًا به ، فقد نص الشافعي في « الأم » على أن عبد المسلم ومكاتبه وأم ولده كالحر فاعلمه فإنه موضع مهم ذكر ذلك في كتاب « سير الواقدي » في باب الحربى يصدق امرأته ، وأما إلحاق الرافعي الحر بالخمر فبينهما فرق وهو أنا نقرهم في حال الكفر على الخمر دون الأسير .

قوله : فرع : لو نكح الكافر على صورة التفويض وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال ثم أسلموا فلا مهر ، وإن كان الإسلام قبل المسيس لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر . انتهى كلامه .

وهذا الفرع قد ذكر ما يشكل عليه في الباب الثالث من أبواب الصداق وسأذكره هناك إن شاء الله تعالى مبسوطًا فراجعه .

قوله : الصورة الثانية أسلم وتحته أم وبنت ، ثم قال في آخره وإن دخل بالبنت فقط ثبت نكاحها ، وحرمت الأم أبدًا ولا مهر لها عند ابن الحداد ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهم ، وإن دخل بالأم فقط حرمت البنت أبدًا ، وهل له إمساك الأم ؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة إن أجبرناه أمسكها وإلا فلا ولها مهر المثل بالدخول . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من وجوب مهر المثل لها إنما يستقيم على القول الضعيف وهو بطلان أنكحة الكفار ، فإن قلنا بالصحة وهو الصحيح وجب المسمى فافهم ذلك .

قوله : ولو أسلم العبد وتحته أربع حرائر فأسلمت منهن بنتان ثم عتق ثم أسلمت الباقيات فليس له إلا اختيار اثنتين ، وإن أسلمت معه واحدة ثم عتق ثم أسلمت الباقيات فله اختيار أربع ، وذكر الأصحاب عبارة جامعة

لهذه المسائل ، فـقالوا : الرق والحرية إذا تبدل أحدهمـا بالآخر فإن بقي من العدد المعلق بكل واحد من الزائل فالطارىء شيء أثر الطارئ وكان الثابت العدد المعلق به زائدًا كان أو ناقصًا ، وإن لم يبق منهما جميعًا شيء لم يؤثر الطارئ ، ولم يغير حكمًا ، وإذا أسلم معـه حرتان ثم عتق لم يبق من العدد المعلق بالزائل شيء ، وبقي من العدد المعلق بالطارئ اثنتـان فلم يثبت العدد المعلق بالـطارئ وإذا أسلمت مـعـه واحـدة وبقي من العـدد المعـلق بالزائل شيء، ومن العـدد المعلق بالطارئ شيء فأثر العـتق وثبت حكمـه ، ثم قال بعد ذلك في أثنـاء التفاريع ، ولو أسلمت مـعه واحـدة من الإماء الأربع ثم عتق ثـم أسلمت البواقي : فـقال في « التتمـة » :لا يختار إلا واحـدة على ظاهر المذهب ، وهذا هو الجواب في « التهـذيب » لكن قياس الأصل الذي سبق أن يجوز له اختيار اثنتين لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق . انتهى كلامه .

ولقائل أن يقـول هذه الصورة لم يتناولها الضـابط السابق وذلك لأنهم قـيدوه بما إذا تعلق بكل من الحـرية والرق عـدد ، ونكاح الإماء لا يتـعلق بالحـرية منه عدد بـل الرق فقط ، وإنما يدخل تحـت الضابط الحـرائر دون الإماء ، وكأنهم نظروا إلى أنه لما صار حرًا قبل إسلام البواقي ثم أسلم كان حكمـه حكم الحر إذا أراد أن يعـقد على الأمـة ابتداء ، والفـرض أن في نكاحه التي أسلمت معه قبل عتقه فلم يوجد شرط نكاح الأمة .

قولـه الثانيـة : أسلم الزوج الرقيق فـفي ثبوت الخـيار لزوجـته الكـافرة وجهـان : أظهرهما على مـا ذكره الإمام والمتـولي : المنع لأنها رضـيت قبل ذلك برقه .

والثاني : يـثبت وهو ظاهر النص لأن الـرق نقض في الإسـلام لكونه فيـه لا يساوي الحر في الأحكام ، وفي الشرك لا يتميز الحر عن الرقيق .

قال الداركي : وهذا الخلاف في حق أهل الحرب فأما الذمية مع الذمي فلا خيار لها لأنها رضيت بأحكامنا ، ثم قال : وقيد الغزالي في « الوجيز » و « الوسيط » المسألة بما إذا أسلم على حرة وليست مختصة بها ولا بما إذا أسلمت أيضًا ، بل الوجهان جاريان في الحرة والأمة إن سلمت أم لا إذا كانت كتابية كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره . انتهى ملخصًا .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من إنكار التقييد بالحرة وكون الحكم في الأمة كذلك غلط عجيب فاحش لأنها إذا كانت أمة كانت مساوية له في الرق فلا فسخ لها ، وإن امتاز بالإسلام فكيف يجيء الخيار ؟ ، وحينئذ فلابد من تقييد المسألة بالحرة كما ذكره الغزالي ، وقد صرح به هكذا حكمًا وتعليلاً جماعة منهم الماوردي في « الحاوي » والروياني في « البحر » ناقلاً له عن الأصحاب فقال : قال أصحابنا : أما الأمة فلا خيار لها لأنها مساوية له هذه عبارته ، وقيد المسألة بذلك أيضًا خلائق منهم الفوراني في «الإبانة» ، والمتولي في « التتمة » .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من كونه لا فرق بين أن تسلم التي أسلم عليها أم لا غلط أيضًا فإنه يقتضي جواز نكاح الأمة الكتابية وهو ممتنع قطعًا كما أوضحوه في هذا الباب وغيره ، وقد تابعه في «الروضة» على الأمرين وأكد ذلك بقوله : « فاعلم ذلك » فتأمل ذلك وتعجب له ، وأسأل الله التوفيق والعصمة عن مثله ، وكلام البغوي لا يقتضي ما ذكره بل فيه إيهام يوضحه استحضار القواعد المقررة .

الأمر الثالث : أن الراجح عند الأصحاب خلاف ظاهر النص فقد قال في « البحر » : إن الأصح عدم الخيار ، وجزم به أيضًا الغزالي في «الوجيز» ، وقال في «البسيط» ، والفوراني في « الإبانة » : إنه القياس ولذلك عبر به المتولي ، إلا أن الرافعي أبدله بالأظهر .

الأمر الرابع : أن تعليل الرافعي المنصوص تعليل ناقص تبعه عليه في «الروضة» وزاده خللاً ، وقد أوضحه في «التتمة» فقال : لأن حكم حرمتها إنما يثبت بإسلام الزوج لأن زوجة المسلم لا تسترق فتكون حريتها بعد إسلامه كالحرية الطارئة ، وكذا علل به الغزالي أيضًا إلا أنه لم يستدل على ذلك بمنع الاسترقاق فبقي ذلك دعوى بلا دليل ، وعلله البغوي في «التهذيب» بأن الرق له نقائض في الإسلام ليست في الكفر وهو لم يرض بها .

قوله في الكلام على الاختيار : ثم فيه صور : إحداها : إذا طلق واحدة أو أربعًا منهن كان ذلك تعيينًا للنكاح ، ثم قال : وفي «التتمة» وجه آخر أن الطلاق ليس تعيينًا لأنه روى في قصة فيروز الديلمي أن النبي ﷺ قال له: «طلق أيتهما شئت» (١) ولو كان الطلاق تعيينًا للنكاح لكان ذلك تفويتًا لنكاحهما عليه . انتهى كلامه .

تابعه في «الروضة» على نقل هذا الوجه عن «التتمة» لكنه عبر في «التتمة» بقوله : قيل فيه مذهب آخر أنه لا يكون تعيينًا واعلم أن فيروز بفاء مفتوحة ، ثم ياء ساكنة بنقطتين من تحت بعدها راء مهملة وفي آخره زاي معجمة كان جده من الفرس الذين بعثهم كسرى مع سيف بن ذى يزن إلى اليمن فأخرجوا عنها الحبشة واستولوا عليها نزل في حمير فلذلك يقال لفيروز الديلمي والحميرى ، وفد فيروز على رسول الله ﷺ وأسلم وهو قاتل الأسود العنسي الكذاب مدعي النبوة باليمن فقال النبي ﷺ : «قتله

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٣) والترمذي (١١٢٩) وابن ماجة (١٩٥٠) وأحمد (١٨٠٦٩) وابن حبان (٤١٥٥) والشافعي (١٣١٧) والدارقطني (٣/ ٢٧٣) والطبراني في «الكبير» (١٨/ ٣٢٨) حديث (٨٤٣) وعبد الرزاق (١٢٦٢٧) وابن أبي شيبة (٣/ ٥٦٣) والبيهقي في «الكبرى» (١٣٨٣٦) والطحاوي في «شرح المعاني» (٤٨٦٢) وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٨٤٧) .
قال الترمذي : هذا حديث حسن .
وقال الألباني : حسن .

الرجل الصالح فيروز »[١] وفي رواية : « قتله رجل مبارك »[٢] ، وقيل: إنما كان قتله في خلافة أبي بكر، توفي فيروز في خلافة عثمان ﷺ، ذكره النووي في تهذيبه وحديثه هذا أخرجه أبو داود في سننه بإسناد صحيح.

قوله : ولو قال لواحدة : فارقتك ، فعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله : طلقتك ، لأن الفراق صريح في الطلاق ، وقال الشيخ أبو حامد : يكون فسخًا ، وهذا أظهر عند صاحب « الشامل » والمتولي وغيرهما ، واحتجوا له بما روي أنه ﷺ قال لغيلان : « اختر أربعًا منهن وفارق سائرهن »[٣] . انتهى .

وهذا الذي استدلوا به لا دلالة فيه بالكلية لأنه قد قال له : « اختر أربعًا » فإذا اختارهن استغنى في المفارقات عن لفظ فتعين أن يكون المراد الفراق بالفعل لا بالقول ، والكلام إنما هو في ما إذا لم يتقدم اختيار المنكوحات ، وإنما ابتداء بهذا اللفظ .

قوله : ونص في ما إذا قال راجعتك في العدة فقالت : بل بعدها أن القول قولها إلى آخرها .

واعلم أن كلامه هنا يوهم أن الأصح تصديق السابق إلى الدعوى مطلقًا أي سواء إتفقا على تعيين وقت أحدهما أم لا وليس كذلك فتفطن

(١) انظر : « الطبقات الكبرى » لابن سعد (٥/٥٣٣) و « تهذيب الكمال » (٢٣/٣٢٣) و « تاريخ دمشق » (٤٩ / ٧ ـ ١٦) .

(٢) انظر : « الاستيعاب » (١/٣٩١) و « تهذيب الكمال » (٢٣/٣٢٣) .

(٣) أخرجه مالك (١٢١٨) بلاغًا .

وأخرجه أبو داود والترمذي (١١٢٨) وابن ماجة (١٩٥٣) وأحمد (٤٦٠٩) وابن حبان (٤١٥٦) والحاكم (٢٧٨٠) والشافعي (١٣١٥) والدارقطني (٣/٢٦٩) والطبراني في « الأوسط » (١٦٨٠) وأبو يعلي (٥٤٣٧) وعبد الرزاق (١٢٦٢١) وابن أبي شيبة (٤/٣) والبيهقي في «الكبرى» (١٣٦٢٣) والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٨٥٤) من حديث ابن عمر ﷺ .

قال الألباني : صحيح .

له، واعتمد ما قالاه في باب الرجعة وسوف أذكر ذلك هناك للتنبيه على شيء وقع فيه .

قوله : فرع آخر : نكحت في الكفر زوجين ثم أسلموا ، فإن ترتب النكاحان فهي زوجة الأول ، فإن مات الأول ، ثم أسلمت مع الثاني ، وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين ففي جواز التقرير وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » : ينبغي أن يكون أصحهما التقرير .

قال ـ رحمه الله :

القسم الرابع
فى موجبات الخيار

وهى أربعة:

السبب الأول : العيب

وهو ثلاثة أقسام :

أحدها : يشترك فيه الرجال والنساء وهو البرص والجذام والجنون .

والثانى : مختص بالرجل وهو الجب والعنة .

والثالث : مختص بالمرأة وهو الرتق والقرن ، فالرتق انسداد محل الجماع باللحم،والقرن عظم فى الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه . انتهى.

وما ذكره من حصر المختص بالمرأة في شيئين تابعه عليه في « الروضة» لكنه ـ أعني الرافعي ـ في كتاب الديات قد ذكر ثالثًا فقال : إذا كانت المرأة لا تحتمل الوطء إلا بالإفضاء لم يجز للزوج وطؤها ثم الذي أورده صاحب الكتاب هنا ، وفى « الوسيط » أنه إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة فله الخيار كما فى الجَب ، والمشهور من كلام الأصحاب ، وقد تقدم ذكره فى الصداق أنه لا فسخ بمثل ذلك ، ثم قال : ويشبه أن يفصل فيقال: إن كانت المرأة تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ ، وإن كان ضيق المنفذ بحيث يحصل به الإفضاء من كل واطئ فهذا كالرتق، وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولى ، وما في الكتاب على الثانية . هذا كلامه ، وهذا التوسط الذي ذكره في المرأة لا شك في جريانه في الرجل أيضًا .

قوله : وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، ولو فعلت هي

وأمكن الوطء فلا خيار هكذا أطلقوه ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور في ما إذا أطلع على عيب المبيع بعد زواله . انتهى كلامه .

وهذا التخريج الذي ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله وتابعه عليه في « الروضة » أيضًا قد صرح به الماوردي في « الحاوي » ، ونقله عنه أيضًا في « البحر » إلا أن محله إذا زال بعد علمه، قال: فإن زال قبل علمه فلا خيار جزمًا .

قوله : ودليلنا ما روي عنه ﷺ أنه تزوج بامرأة فلما دخلت عليه رأى بكشحها وضحًا فردها إلى أهلها (١) . انتهى .

الكشح بكاف مفتوحة ثم شين معجمة ساكنة ثم حاء مهملة هو الجنب .

وقال فى الصحاح : هو ما بين الخاصرة إلى أقصر الأضلاع .

والوضح بالضاد المعجمة والحاء المهملة هو البرص .

قال فى الصحاح : وأصله الضوء والبياض فكنوا به عن البرص : والحديث رواه البيهقى في « السنن الكبير » (٢) من رواية ابن عمر ، وقال: إن المرأة من غفار ، وقال : وفي رواية : رأى بكشحها بياضًا فناء عنها ، وناء بهمزة بعد الألف على وزن قال أى نهض قال في الصحاح : ناء ينأو إذا نهض بجهد ومشقة وهذا التفسير على تقدير أن يكون الحديث بالنون ويجوز أن يكون بالباء الموحدة ، ومعناه رجع وقد سبق في أوائل النكاح بعض المذكور هنا .

قوله : والبخر ، والضبان إذا لم يقبلا العلاج لا يثبتان الخيار في ظاهر

---

(١) أخرجه أحمد (١٦٠٧٥) والحاكم (٦٧٠٨) وأبو يعلي (٥٦٩٩) وسعيد بن منصور (٨٢٩) وابن أبي شيبة (٣/ ٤٨٧) والبيهقي في « الكبرى » (١٣٩٩٧) بسند ضعيف لضعف جميل بن زيد .

(٢) حديث (١٤٢٦٧) (٧/ ٢٥٧) .

المذهب ، ثم قال :ويجري الخلاف في ما إذا وجدها [عذيوطة] [(١)] أو وجدته [عذيوطًا] [(٢)]، [والعذيوط][(٣)] هو الذى يخرأ عند الجماع . انتهى.

العذيوط بعين مهملة مكسورة وذال معجمة ساكنة وطاء مهملة هو الذى يتغوط عند الإنزال من الجماع ، وعبر عنه الرافعي بقوله يخرأ وهو بالخاء المعجمة ومصدره عذيطة على وزن دحرجة .

قوله : ولا يثبت الخيار بكونها مفضاة الإفضاء رفع ما بين مخرج البول ومدخل الذكر . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن هذا إفضاء وقع فيه اختلاف في كلام الرافعي وتبعه عليه النووي ويأتي إيضاح ذلك في آخر أبواب الديات إن شاء الله تعالى فراجعه .

قوله : فرعان : أحدهما : إذا ظهر بكل واحد من الزوجين عيب من العيوب المثبتة للخيار ، وكانا من جنس واحد فوجهان : أحدهما لا خيار لتساويهما وأصحهما : ثبوت الخيار لكل واحد منهما ، ثم قال ما نصه : وهذا في غير الجنون أما إذا كانا مجنونين فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما . انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الإمكان في الجنون تابعه عليه أيضًا في « الروضة» وهو غريب فإنه يتصور بما إذا كان الجنون متقطعًا ، فإنه يجوز لكل واحد منهما أن يختار الفسخ بذلك كما يختار في المطبق ولا شك أن الرافعى ذهل عن ثبوت الخيار بالمتقطع .

قوله : ثم ليكن الوجهان فيما إذا تساوى العيبان فإن كان أحدهما أكثر وأفحش وجب أن يثبت الخيار من غير خلاف . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه قد جزم به القاضي

---

(١) في جـ : عضويطه .

(٢) في جـ : عضيوطًا .

(٣) في جـ : والعضيوط .

الحسين ونقله عنه ابن الرفعة ، ولم يذكره في «الروضة» على صورة البحث، بل جزم به وتعبير « التنبيه » و « المنهاج» وغيرهما بقولهم وبه مثله يشعر به أيضًا.

قوله : أما العنة فلابد فيها من الرفع إلى الحاكم وفي ما سواهما وجهان: أحدهما : يجوز لهما الإفراد بالفسخ ، وأقربهما أنه لابد من الرفع. انتهى .

ولم يتكلم بعد الرفع على أن المرأة هل تستقل أم لا ؟ وإذا استقلت هل يشترط أن يقول الحاكم : ثبت عندى ذلك ، أم لا ؟ ، وقد ذكره في الكلام على التعيين ، وسوف أذكره أنا أيضًا هناك إن شاء الله تعالى لأمر يتعلق بذكره فراجعه .

قوله : ثم إذا قلنا بالرجوع على الغار فإن كان التغرير منها رجع عليها، ومعنى الرجوع في حقها كما قاله الشيخ أبو حامد والإمام أنه لا يغرم لها شيئًا ، وهل يجب لها أقل ما يصلح صداقًا ؟ فيه وجهان ويقال قولان كيلا يخلو الوطء عن المهر . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا وقال في « الروضة » من زياداته : الأصح أنه لا يبقى لها شيء قال : ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغرير .

قوله : وإن كان التغرير من الولى نظر إن كان عالمًا بالعيب غرم المهر وإن كان جاهلاً فوجهان وذكر الحناطي أنه لا رجوع على الحاكم عند الجهل ، ثم قال : ولم يتعرضوا لما إذا كانت المرأة جاهلة بعينها ولا يبعد مجيء الخلاف فيه . انتهى .

وهذا الوجه الذي حكاه الرافعى عن الحناطى . قد أسقطه من «الروضة» وأما البحث الذي ذكره الرافعي فأجاب عنه في « الروضة» بأنه لا مجيء لتقصيرها الظاهر .

قولـه : وإن وجد التـغرير منهـا ومن الولى فيكون الرجـوع عليـها لأن جـانبهـا أقـوى من حيث إن العـيب بهـا ، أو يرجع على كل واحـد منهمـا بالنصف فيه وجهان مذكوران في « التتمة » . انتهى .

واعلم أن الرافعي ذكر بعد هذا الكلام على التـغرير بالحرية أن التغرير إذا وجد من الأمة ومن وكـيل السيد ، فإن الرجوع يكون عليـهما ، وفي كيفيته وجهان : أقربهما بالنصف على كل واحد منهما .

[**والثاني** : أن له أن يرجع بالكل على من شاء منهما] [(١)] هذا كلامه ، ولم يذكـر في مسـألتنا مطالبة كل واحـد منهمـا بالكل ، ولا في التغـرير بالحرية الوجه الذاهب إلى الرجـوع على الأمة خاصة ، وقد يفـرق بينهما بأن جانبها في التغرير بالعيب أقوى لأن الصداق لها وهو هاهنا للسيد فهي والوكيل على حد سواء فلهذا سوينا بينهما على الوجهين معًا .

قوله : في أصل « الروضة » : الرابعة : المفسوخ نكاحها بعد الدخول لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إن كـانت حائلاً بلا خلاف ، وإن كانت حاملاً فـإن قلنا نفقـة المطلقـة الحامل للحـمل وجبت هـنا ، وإن قلنا بالأظهر أنهـا للحامل لم تجب ، وأما السكنى فلا تجب على المذهـب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل يطرد القولان . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهـما : أن ما ادعاه من سكنى الحامل من عدم الوجوب بلا خلاف باطل فإن فيـه خلافًا مشـهورًا وقد حكاه هو في كتاب الـعدد، حتى أنه لما حكاه هناك أشعر كلامه برجحـان الوجوب ، وسوف نذكر عبارته هناك إن شاء الله تعالى فراجعها . وأغرب من ذلك كله أن الرافعي قد حكاه هنا ، ولكن تحرف على النووى فغلط فـي اختصاره له ، فإن الرافعي قـد قال ما نصه : الرابعـة : المفسوخ نكاحها بـعد الدخول لا نفقة لهـا في العدة ولا

(١) سقط من جـ .

سكنى إن كانت حائلاً لانقطاع أثر النكاح بالفسخ ، وإن كانت حاملاً فإن قلنا أن نفقة المطلقة الحامل للحمل وجب هاهنا أيضًا لحق القرابة ، وإن قلنا : إنها للحامل وهو الأصح لم تجب، وإيراد الإمام وصاحب «التهذيب» يقتضى كون السكنى على هذا الخلاف ، وصرح به الحناطي ثم حكى طريقة أخرى قاطعة بأنه لا تجب السكنى ، هذا هو المشهور في المسألة ، ومنهم من جعل استحقاق الحامل السكنى على قولين وقد نقل هذه الطريقة صاحب الكتاب في باب العدة هذا لفظه بحروفه ، ثم حكى عن أبي الطيب ابن سلمة أنه إن فسخ بعيب حادث استحقت السكنى ثلاث طرق حاصلها ثلاثة أوجه ، وكأنه اشتبه على النووي الحائل المذكور آخرًا في كلام الرافعي بالحائل بالميم ذاهلاً عن تقدم الخلاف المذكور في تلك .

الأمر الثاني : أن ما ادعاه من سكنى الحامل بالميم من تصحيح القطع بعدم الوجوب وأنه رأي الجمهور عكس ما في الرافعي ، فإن حاصل ما فيه أن المعروف الوجوب فراجع عبارته التي ذكرتها لك وكأن النووي قد توهم أن قول الرافعي هذا هو المشهور عائد إلى الطريقة بعدم وجوب السكنى وهو توهم عجيب .

قوله : فروع : إذا رضي أحد الزوجين بعيب الآخر فازداد فلا خيار لأن رضاه بالأول رضي بما يحدث منه ويتولد ، وفيه وجه آخر . انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على إطلاق الخلاف ومحله إذا لم يكن الحادث أفحش كما إذا كان في اليد فحدث في الوجه ، فإن الشافعي قد نص على ثبوت الخيار ، كذا نقله الماوردي في « الحاوي» ، وقال: إن محل الوجهين في ما عداه كما إذا كان في إحدى اليدين فانتقل إلى الأخرى ولقائل أن يقول قد قالوا في باب الرهن أنهما إذا شرطا وضع الرهن في يد فاسق فزاد فسقه كان لكل منهما الخيار في إزالة يده عنه فاعتبروا الزيادة هناك،

ولم يعتبروها في مسألتنا .

قوله : وحكى الحناطي وجهين في أنه إذا فسخ النكاح بالعيب ، ثم بان أنه لم يكن هناك عيب ، هل يحكم ببطلان الفسخ واستمرار النكاح؟ . انتهى.

[والصحيح] [١] بطلان الفسخ كذا ذكره في «الروضة» من زياداته .

(١) في جـ : والأصح .

السبب الثاني : الغرور

قوله : وإن شرطا فى الزوج نسب شريف وبان خلافه نظر إن كان نسبه مثل نسبها أو فوقه إلا أنه دون المشروط ففيه قولان : أصحهما على ما ذكر في «التهذيب» : أنه لا خيار لها لأنها لا تتعير به . انتهى .

وهذا الذى صححه البغوي هو الصحيح كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح ، وصححه النووي في أصل «الروضة» وعبر بالأظهر ، وإطلاق «المحرر» و«المنهاج» يقتضى ثبوت الخيار .

قوله : فإن شرط العبد حرية امرأته فبانت أمة ، وقلنا بثبوت الخيار لو كان حرًا فقولان ، قال في « التهذيب» : أصحهما : أنه لا خيار لتكافؤهما. انتهى.

وهذا الذى صححه في «التهذيب» هو الأصح فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في أصل « الروضة» .

قوله : وإن كان المشروط صفة أخرى ـ أي غير النسب ـ والحرية كاليسار والصغر وغيرهما فإن شرطت فى الزوج فبان دون المشروط فلها الخيار، وإن شرطت فيها ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق ذكره في «التتمة» . انتهى كلامه .

وهذا الخلاف حكاه فى «الشرح الصغير» وجهين على عكس ما قاله هنا ولم يصحح فيه أيضًا شيئًا منهما وقال في «الروضة» من زياداته : الأظهر منهما ثبوت الخيار .

قوله : إحداهما إذا ظنت أن زيدًا كفء فأذنت فى تزويجها منه، ثم بان أنه ليس بكفء فلا خيار لأنه لم يجز شرط والتقصير منها ومن الولي حيث لم يفحصا ، وليس هذا كظن السلامة عن العيب ، لأن الظن هناك يبنى على أن الغالب السلامة ، وهاهنا لا يمكن أن يقال أن الغالب كفاءة

الخاطب، هكذا أطلق المسألة صاحب الكتاب ، وينبغي أن يفصل فيقال إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه أو حرفته أو لفسقه ، فالجواب ما ذكرنا ، وإن كان فواتها لعيب به ثبت الخيار ، وإن كان لرقه فليكن الحكم كما سنذكر على الأثر في ما إذا تكح امرأة على ظن أنها حرة فإذا هي رقيقة ، بل كانت المرأة أولى بثبوت الخيار من جانب الرجل . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه يدل على أنه لم يقف في المسألة على نقل ، ولهذا أبدى ما أبداه فيها على سبيل التفقه وهو غريب جدًا ، فأما فوات الكفاءة للفسق فقد صرح به البغوى فى «فتاويه» ، وأجاب بالخيار على عكس ما تفقه فيه الرافعى ، والغريب أن الرافعى نقله عنه قبيل كتاب الصداق وارتضاه ولم ينقل عن أحد ما يخالفه فقال نقلاً عن « فتاوى القاضي الحسين » ما نصه : وإذا استؤذنت المرأة في التزويج من رجل فأذنت ولم يعلم فسقه وكان فاسقًا يصح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه ، قال الشيخ البغوي : لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في التزويج من رجل ثم وجدت به عيبًا هذا لفظه هناك .

وأما فوات الكفاءة للعيب فقد صرح به البغوي أيضًا هناك على وفق ما تفقه فيه الرافعي ، وهو من جملة الكلام الذي نقله هو عنه ، كما ذكرناه، بل الأصحاب قائلون بثبوت الخيار بهذه العيوب وثبوت الخيار فرع عن صحة [النكاح .

وأما الفوات لأجل الرق فنقل في «الروضة ثبوت] [(١)] الخيار فيه عن فتاوى صاحب «الشامل » وعن غيره أيضًا ، وحكى ابن يونس شارح «التنبيه » فيها وجهين .

الأمر الثاني : أن إطلاق الغزالي إنما هو فى «الوجيز» خاصة ، وأما في

---

(١) سقط من أ ، ب .

«البسيط» و«الوسيط» فإنه فصل التفصيل السابق .

قوله : قال الأصحاب التغرير المؤثر هو المقارن للعقد على سبيل الاشتراط ، وأما السابق فلا يؤثر وفيه وجه ، وهذا كله في تأثيره في فساد العقد أو في إثبات الخيار ، فأما في الرجوع بالمهر على الغار فالسابق كالمقارن هكذا نقل الغزالى ، وحققه الإمام فقال : لا يشترط فى تصوير التغرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد ، ألا ترى أنا نضمن الأمة والمكاتبة إذا كان التغرير منهما وليستا بعاقدين ، ولكن يشترط اتصاله بالعقد ، فلو قال فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح ثم زوجها على الاتصال إما بالوكالة أو الولاية فهذا تغرير ، ولو لم يقصد بما قاله تحريض السامع واتفق بعد أيام أنه زوجها ممن سمع كلامه فليس ما جرى بتغرير ، وإن ذكره لا في معرض التحريض ، ولكن جرى العقد بعد زمان فاصل ففي كونه تغريراً تردد ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما يقتضيه إطلاق صاحب الكتاب ، وكان سبب الفرق بين التأثير في [الفساد أو في إثبات الخيار وبين التأثير في] (١) الرجوع أن يعلق الضمان بالتغرير أوسع بابًا ، وكذلك يثبت الرجوع على قول بمجرد السكوت عن عيب المنكوحة . انتهى كلامه .

قال ابن الرفعة : وما قاله الرافعى نقلاً وفقهاً يحتاج إلى تأمل وذلك أن قول الرجوع بالمهر على الغار مفروض في ما إذا قلنا بفساد النكاح أو بصحته وثبوت الخيار فاختار الفسخ ، وإلا فالواجب المسمى ولا رجوع به كما دل عليه كلام الشيخ في «المهذب» والبغوى والرافعى وغيرهم ، وحينئذ متى كان سابقًا وقلنا بأنه لا يؤثر في النكاح والخيار وجب المسمى فلا رجوع فلا وجه للتفرقة بين الرجوع بالمهر وغيره ، هذا كلامه .

قوله : الثالثة : لا يتصور الغرور بالحرية من السيد لأنه إذا قال هى حرة

---

(١) سقط من جـ .

وزوجها أو قال : زوجتكها على أنها حرة عتقت ، وخرجت الصورة على أن يكون نكاح غرور ، وإنما يتصور ذلك من وكيل السيد فى التزويج أو من المنكوحة نفسها أو منهما ولا عبرة بقول من ليس بعاقد ولا معقود عليه : انتهى كلامه .

وهذا الذى قاله من كون التغرير بالحرية لا يتصور من السيد إلى آخره ذكره أيضًا فى «الشرح الصغير » و « المحرر » وتابعه النووى في «الروضة » و « المنهاج» وابن الرفعة فى « الكفاية» وليس كما قالوا، بل يتصور التغرير من السيد فى مسائل منها : ما لو كان اسمها حرة فناداها بذلك أو أخبر عنها كما لو قال هذه حرة ، أو زوجتك هذه وهي حرة ونحو ذلك .

ومنها : ما لو رهنها وهو معسر فأذن له المرتهن في زواجها فزوجها وشرط حريتها فإنها لا تعتق كما لو صرح بعتقها .

ومنها : ما إذا كانت الأمة جانية ففيها ما قلناه في المرهونة .

ومنها : إذا أطلق عليها لفظ وأراد به المعنى المشهور فى العرف وهو العفة عن الزنا فإنها لا تعتق بذلك لوجود الصارف عن معنى العتق إلى غيره .

قوله : ولو انفصل الولد ميتًا بجناية جان فله أحوال ، الرابع : أن تصدر الجناية من سيد الأمة فعلى عاقلته الغرة ، ثم إن اعتمدنا التفويت سلمت الغرة للورثة ، وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الأم .قال الإمام : ويجوز أن يقال انفصاله بجناية السيد كانفصاله لا بجناية فلا يغرم المغرور له شيئًا ، وإن قصرنا النظر عن الغرة ، فإذا حصلت ينصرف منها العشر إلى السيد فإن فضل شيء فهو للورثة . قال الإمام : إذا كانت الغرة قدر العشر أو أقل وصرفناها إلى السيد كان الحاصل إيجاب مال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد . انتهى كلامه .

وما نقلـه الرافعى عن الإمام فى آخـر هذا الكلام وسكت عليـه تابعه عليه أيضًـا فى «الروضة» وهو عـجيب لأن الغرة تجب للورثـة على عاقلة الجانى وحق السـيد يجب على المغرور متـعلقًا بما يسلم له وليس هو نفس حقه لأن الغرة لا تجب له ، بل إنما يجب له قيمة الولد وحق المغرور ثابت بمجرد الجناية يستحق المطالبة به ، والسيد على هذا القول إنما يطالب المغرور بعد أن يتسلم ما يثبت له ، وحينئذ يتعلق حق السيد .

❖ ❖ ❖

السبب الثالث : [العتق] (١)

قوله : وإن فسخت العتيقة بعد الدخول نظر إن تقدم الدخول على العتق وجب المسمى ، وإن تأخر عن العتق وكانت هى جاهلة بالحال فيجب مهر المثل أو المسمى ، جعله صاحب «التهذيب» على الخلاف المذكور فى ما إذا حدث العيب ثم جرى الدخول ثم فرض الفسخ .

وقال: ظاهر المذهب وجوب مهر المثل لأن سبب الفسخ قد تقدم على الدخول فكأنه وجد يوم العقد وعلى هذا جرى أئمتنا العراقيون ، ورجح جماعة قول وجوب المسمى ، وزاد الإمام وصاحب «الكتاب» فقالا : يجب المسمى ولا يجرى فيه القول المنصوص فى العيوب أنه يجب فيه مهر المثل ووجهاه بأن المهر للسيد لا لها وهو بالإعتاق فحسن فلا ينبغي أن يرد إلى مهر المثل ، وقد تعرض الأولون عليه إلى آخره .

فيه أمور :

أحدها : أن الصحيح المشهور هو وجوب مهر المثل وقد صححه الرافعى فى « المحرر» والنووي فى أصل «الروضة» و«المنهاج» .

الأمر الثاني : أن الفسخ بالعيب بعد الدخول إن كان بعيب مقارن للعقد فالمنصوص للشافعى أنه يجب مهر المثل وفيه قول مخرج من الردة أنه يجب المسمى ، وإن كان بسبب حادث قبله فثلاثة أوجه :

أحدها : يجب المسمى .

والثانى : مهر المثل .

والثالث : وهو أصحها إن كان الوطء قبل العيب وجب المسمى ، وإن

---

(١) بياض في أ .

كان بعده فمهر المثل ، إذا علمت ذلك فنظير مسألتنا التى وقع الخلاف فيها إنما هو الفسخ بعيب حادث بعد العقد وليس فيها نص ولا تخريج إنما فيها ثلاثة أوجه كما سبق ، وحينئذ فالذى نقله الرافعي عن الإمام والغزالي من كونهم لم يجروا فيه القول المنصوص وبأنهمـا فرقا بإحسان السيد إلى آخره ذهول عـجيب ولك أن تقـول قد جـزموا هنا بوجـوب المسمى في مـا إذا فسخت بـعد الدخول بعتق قـبله وحكوا فى نظيره من العيب وجهـين كما ذكرنا الآن فأى فرق بين الصورتين .

الأمـر الثـالث : أن الإمام قـد عبر بما نقله عنه الرافـعى من كونهم لم يطردوا القول المنصـوص وهو تعبير مطابق ، وأمـا الغزالى فإنه عبـر بقوله ولم يطردوا القول المخرج ، كذا ذكره فى «الوسـيط» و «البسيط» معًا على خلاف ما نقله عنه الرافعى ، وكأن الرافـعى ذهل عن ذلك وتوهم اتفاقهما وإلا فكان من حقه أن ينبه عليه ولا يضيفه إليه .

وذكر ابن الرفعة فى «الكفاية» هاهنا بحثا أنه ينبغي وجوب المهر للعتيقة لا للسيد وهو بحث غير طائل فاعلمه .

قـوله فى « الروضة » : وخـيار العـتق على الفـور ، وفي قول يمتـد إلى ثلاثة أيام ، وفى قـول إلى أن يصـرح بإسقـاطه أو تمكن من الوطء طائعـة ، وذكر الإمـام تفريعًـا على سقـوطه بالتمكين من الوطء أنهـا لو مكنت ولم يصـبهـا الزوج لم يبطل حـقهـا لأن التمكـين من الواطء لا يتحـقق إلا عند حصول الوطء وأنه لو أصابهـا الزوج قهرًا ففى سقوط الخـيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء ، فإن قبض على فمها بقى حقها قطعًا .انتهى .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن ما قاله الإمام فى التفـريع على القول الثالث من كون المراد إنما هو الوطء خاصة قد خالفه فيـه الصيدلاني فى شرحه لـ«المختصر»

وهو الكتاب الذى يعزوه ابن الرفعة إلى الداوودي ، فقال عقب ذكره لهذا القول ما نصه : وليس الحكم مقصوراً على الوطء بل متى وجد منها ما فيه دلالة الرضا بأن يباشرها أو ينقلها إلى موضع آخر أو يضاجعها وهي طائعة فذلك كله رضى منها هذه عبارته ، وجزم فى «الذخائر» بنحوه فقال: إنه يكتفى بالتمكين من الوطء .

الأمر الثاني : قد سبق فى البيع أنه إذا حمل أحد المتعاقدين فأخرج من المجلس مكرهًا فإن منع الفسخ بأن سد فمه ففي انقطاع خياره خلاف ، المذهب أنه لا ينقطع وإن لم يسده لم ينقطع في أصح الوجهين ، وإذا علمت ذلك فلا شك أن المسألة هي نظير مسألتنا ، وحينئذ فنستفيد بذلك أمرين :

أحدهما : بطلان دعوى القطع عند القبض على الفم .

والثاني : تصحيح بقاء الخيار عند عدم القبض .

قوله فى المسألة : ولو قال الزوج أصبتها وأنكرت فأيهما يصدق؟ فيه وجهان حكاهما ابن كج لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة : انتهى.

وهذه المسألة نظير ما سبق نقله فى أول السبب الثاني عن فتاوى البغوى وهو أنه لو تزوجها بشرط البكارة فوجدت ثيبًا فقالت كنت بكرًا فزالت البكارة عندك ، وقال بل كنت ثيبًا فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ وقوله بيمينه لدفع كمال المهر هذا كلامه وأقره عليه فقياسه فى مسألتنا تصديق الزوجة .

قوله : وإذا ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار فقولان : أحدهما : أنها لا تصدق كما إذا قال المشتري : لم أعلم أن العيب يثبت الخيار ، وأصحهما: التصديق لأنه خفي بخلاف الرد بالعيب ، ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور فقال الغزالى : لا تعذر ولم أر تعرضًا لهذه الصورة فى

سائر كتب الأصحاب ، نعم صورها العبادى فى «الرقم» ، وأجاب بأنها إن كانت قـديمة العهد بالإسلام ، وخـالطت أهله لم تعذر ، وإن كانت حـديثة العهد أو لم تخالط أهله فقولان . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحـدهمـا : أن هذه المسألة التى ذكر الرافعــى أنه لم ير لها تعرضًا فى الكتب ، وأنه لم يذكرها إلا الـعبادي ، قد رأيتــها مذكــورة فى «الشامل» لابن الصباغ فى اللعان فى أول باب وقت نفي الولد ، وحكى فيها قولين، ولم يفصل بين أن تكون هذه العتيقة قريبة العهد بالإسلام أم لا .

الأمر الثاني : أن الرافعى لما ذكر مسألة العيب في بابها فصل فى دعوى الجهل بالخيار فـقال: إن كان قريب العهد بالإسلام أو نـشأ في بادية بعيدة قبل وإلا فـلا على خلاف مـا أطلقه هاهنا ، وأمـا دعوى الجهل بـالفورية فأجـاب بالقبـول مطلقًا ولم يفـصل ، وعلله بأنه يخفى عـلى العوام وإذا تأملت هذا الأخير ، وهو ما أجاب به فى دعوى الجهل بالفورية في العيب مع ما أجاب به فى نظيره وهو دعوى ذلك في خـيار العتق ، علمت أنهما في غاية التـباين لأن حكم العيـب أشهر من حكم العـتق بلا شك ، وقد جزم فى العـيب بأنه يقبل دعـوى الجهل بالفـورية ، وإن ولد بين المسلمين ونشـأ بينهم ، وجزم فى الـعتق بأنه لا يقـبل ممن ولد بين المسلمين ونشـأ بينهم، وحكى قولين من غير ترجيح فى من قـرب عهده أو نشأ ببادية وقد استدرك النووى علـى ما قاله في العيب وقال : شـرطه أن يكون مثله ممن يخفى عليه، قال : وكذلك الشفعة ، ومن نظائر المسألة ما إذا قال الزوج: لم أعلم أنه يجوز لي نفي الولد ، وقد قال الرافعى فيه : إنه إن كان فقيها لم يقبل وإن كان حديث عهد بالإسلام ، أو نشأ فى بادية بعيدة قبل ، وإن

كان من العوام الناشئين فى بلاد الإسلام فوجهان كالعتق ، وهذا التفصيل لم يذكره فى ما تقدم من النظائر وينبغي اطراده فيه ، ولم يذكر الرافعى ما إذا قال : لم أعلم أن النفي على الفور ، وقد ذكرها فى « التنبيه » وسوى بينها وبين دعوى الجهل بأصل الخيار وأقره النووى فلم يستدركه فى «التصحيح» .

السبب الرابع : العنة

اعلم أن العنة في اللغة هى الحظيرة المعدة للإبل ، وأما المعنى المراد في هذا الباب فهو المرض المعروف ، فالصواب فى التعبير عنه إنما هو التعنين ، وقد عبر به في «الروضة» هنا وعدل عن عبارة الرافعي ، وإن كان قد وافق في غيره على التعبير بالعنة .

قوله : وإذا وجدت المرأة زوجها خصيًا موجوء الخصيتين أو مشلولهما ففيه قولان أصحهما : وبه قطع بعضهم أنه لا خيار لها لبقاء آلة الجماع . انتهى .

يقول وجأه وجاء بالكسر فهو موجوء أي : رضضته رضًا فهو مرضوض .

قوله : ثم في استقلال المرأة بالفسخ بعد ثبوت التعنين بين يدي القاضي وجهان : أقربهما الاستقلال كما يستقل بالفسخ إذا وجد بالمبيع عيبًا وأنكر البائع كونه عيبًا فأقام المشتري على ذلك بينة عند القاضي .

والثاني : أن الفسخ إلى الحاكم لأنه محل النظر والاجتهاد فيفسخ أو يأمرها بالفسخ . انتهى .

وما ذكره هاهنا من جواز الفسخ للمرأة قد ناقضه فى باب اختلاف المتبايعين فإنه جزم هناك بأنه يتعين فيه القاضى وجعله دليلاً لأحد الوجهين في الفسخ بالتحالف وقد تقدم ذكر لفظه هناك ، ولم يتعرض فى «الروضة» هناك للمسألة فسلم من الاختلاف ، واعلم أن الرافعي قد ذكر في كتاب النفقات في الكلام على الإعسار بالنفقة أن الأصح أن المرأة لا تستقل بذلك بعد الرفع والثبوت ، بل لابد من فسخ الحاكم أو تفويضه إليها على عكس ما صححه هنا فيحتاج إلى الفرق ، وقد ذكر هنا أنا إذا

فرعنا على استقلالها فهل يكفى فيه إقرار الزوج أم لابد من قول القاضي ثبتت العنة ؟ فيه وجهان : أصحهما الثاني ، ولم يذكر هذا في النفقات وهو قياسه .

قوله : ولو قالت اخترت الفسخ ولم يقل القاضي نقدته ، ثم رجعت هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ ؟ وجهان في «مجموع» ابن القطان أصحهما المنع ، ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعًا على استقلالها بالفسخ، أما إذا فسخت بإذنه ، فإن الإذن السابق كالتنفيذ . انتهى .

وما ذكره في آخر كلامه يشير إلى أن تصرف الحاكم حكم وهي قاعدة نافعة سبق الكلام عليها مبسوطًا في الكلام على موانع الولاية .

قوله : فإن رضيت بعد المدة ثم طلقها طلاقًا رجعيًا ثم راجع لم يعد حق الفسخ لأنها رضيت بعنته في هذا النكاح ، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة بأن تستدخل ماءه . انتهى .

وما ذكر هنا من ثبوت الرجعة باستدخال الماء قد صححه خلافه قبل ذلك فى محرمات النكاح فى الكلام على التحريم بالمحرمية ، لكن الأصح ما قاله هنا كما سبق إيضاحه فراجعه .

قوله : قال الأئمة : إذا اختلف الزوجان في الإصابة فالقول قول من ينفيها أخذاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع : أحدها : إذا ادعت عنته وقال الزوج قد أصبتها فالقول قوله بيمينه .

الثاني : إذا طالبته في الإيلاء بالعنة أو الطلاق فقال : قد أصبتها، فالقول قوله استدامة للنكاح فلو قالت في الموضعين أنا بكر وأقامت أربع نسوة بذلك فظاهر النص وهو قول جماعة من الأصحاب أنا نحكم بعدم الإصابة ولا حاجة إلى تحليفها ، وتكفى البكارة دليلاً على تصديقها وقال أبو علي في « الإفصاح » وأبو الحسين في « المجموع » ، والقاضي ابن كج

في « شرحه » : تحلف الزوجة مع قيام البينة ؛ لأن البكارة وإن ثبتت بالبينة فاحتمال الزوال والعود قائم ، وبهذا أخذ الإمام وصاحب « الكتاب » وغيرهما .

الثالث : إذا قالت المرأة : طلقتني بعد المسيس فلي كمال المهر ، وقال : بل قبله وأتت بولد لزمان محتمل فالقول قولها ولابد من يمينها على ما ذكره الإمام والعبادي لأن ثبوت النسب لا يورث تعين الإصابة، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة انتهى .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ادعاه الرافعي من الحصر وتابعه عليه في « الروضة» ترد عليه مسائل .

الأولى : إذا تزوجها بشرط البكارة فوجدت ثيبًا فقالت كنت بكرًا فزالت البكارة عندك وقال: بل كنت ثيبًا فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، ولو قالت كنت بكرًا فافتضضتني فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ وقوله بيمينه لدفع كمال المهر ، وهذا الفرع ذكره الرافعي قبيل الصداق وعزاه إلى البغوى ونقله النووي إلى هذا الباب .

الثانية : إذا قال لها وهى طاهر : أنت طالق للسنة ، ثم اختلفا فقال: جامعتك فى هذا الطهر فلم يقع طلاق في الحال ، وقالت لم تجامع وقد وقع ، فقال إسماعيل البشنجي : مقتضى المذهب أن القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح ، وكما لو قال المولى والعنين وطئت ، كذا نقله عنه الرافعي قبيل أركان الطلاق ولم يخالفه ، وتابعه عليه في «الروضة» وذكر القاضي حسين فى «فتاويه» مثله فإنه قال: إذا قال إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق فادعى أنه أنفق عليها كان القول قوله بالنسبة إلى عدم وقوع الطلاق وقولها بالنسبة إلى عدم سقوط النفقة ، لكن ذكر ابن الصلاح في

«فتاويه» أن الظاهر الوقوع في هذه المسألة عملاً بالأصل .

الثالثة : إذا تزوجت المطلقة ثلاثًا بزوج ثم ادعت أنه أصابها وأنكر الزوج قبلنا قولها حتى تحل للمطلق لأنها مؤتمنة فى انقضاء العدة وتعسر إقامة البينة على الوطء لكن لا يلزمه إلا نصف المهر ، كذا ذكره الرافعى في الكلام على التحليل .

الرابعة : إذا عتقت الأمة تحت عبد وقلنا يمتد خيارها إلى الوطء فادعاه وأنكرت المرأة ففى المصدق منهما وجهان حكاهما الرافعى من غير ترجيح، وعلل تصديق الزوج بأن الأصل بقاء النكاح ، وعلل مقابله بأن الأصل عدم الوطء .

الأمر الثاني : أن الراجح من هذا الخلاف الذى حكاه الرافعى في ما إذا ادعت البكارة وأقامت البينة أنه لابد من يمينها ، كذا رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالظاهر ، ولم يرجح شيئًا في «الروضة» أيضًا .

الأمر الثالث : فى الكلام على المسألة الثالثة وهى متضمنة لحكمين: أحدهما : تصديق المرأة وقد جزم به هاهنا وحكى فيه في آخر كتاب الإيلاء نصين ثم حكى في النصين ثلاث طرق وصحح تصديق المرأة كما جزم به هاهنا، وهذا الخلاف ذكره في « المهذب » و « التنبيه » وحكاه قولين .

والحكم الثاني : أنه لابد من يمينها على ما ذكر العبادي والإمام وقد بحث الرافعى فيه كما تقدم نقله عنه فقال يمكن أن يجىء في التحليف الخلاف السابق في المسألة الثانية وهى ما إذا ظهرت بكارتها .

إذا علمت ذلك فقد توهم النووي أن الحكم السابق الذي أشار الرافعي إلى مجىء الخلاف فيه هو التصديق فقال ما نصه : قلت عجب من قول

الإمام الرافعي في ما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ، ويمكن أن يجيي فيه الخلاف والمسألة مشهورة ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرهما من الكتب المشهورة في المسألة قولان في أن القول قوله أم قولها ؟ لأن النسب يثبت بالإمكان ، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فى ما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء هذا لفظه ، وهو اعتراض فاسد ظاهر الفساد ، فإن الخلاف الذي أشار إليه الرافعي وهو الخلاف الذي قالوه فى ما إذا ظهرت البكارة إنما هو في الاحتياج إلى تحليفها لا في تصديقها حتى يقول : إن صاحب « المهذب » و « التنبيه » قد حكاه ، وعبارة الرافعي فى ذلك واضحة جدًا فراجعها بل لم يقع هنا خلاف أصلاً في تصديقها عند ظهور البكارة حتى يتوهم أن الرافعى أراده فيكون عذرًا في التباس الأمر على النووي وقد ذكره في «الشرح الصغير» بعبارة أوضح من عبارة «الكبير» فقال ما نصه : وقد يجيء في يمينها الخلاف المذكور في ظهور البكارة . هذا لفظه ، فعبر بقوله في يمينها وذكر ابن الرفعة في «الكفاية» عن الرافعي ذلك بعينه ، وهو لا ينقل إلا عن «الشرح الكبير» فقال : وقال الرافعي : يمكن أن يخرج يمينها على الخلاف في ما إذا قامت بينة على بكارتها هذه عبارته ، والعجب من النووي حيث يعترض مثل هذه الاعتراضات ويعبر عنها بقوله قلت : عجب من الرافعي في كذا وكذا ، ثم إن هذا الخلاف الذي نقله النووي عن «التنبيه» و«المهذب» قد ذكره الرافعي في آخر كتاب الإيلاء . فلا حاجة إلى الرد عليه بكلام غيره ، ونقله له إلا أنه لم يستحضر أن الرافعي ذكره هناك ولو استحضره لكان الرد به عليه أبلغ .

واعلم أن الفرق بين المسألتين متجه ، وذلك أن دعواها عدم الوطء هناك موافقة للأصل وإذا قامت بينة على البكارة كان ذلك موافقًا للأصل الذي ادعته ، فأمكن أن يستغنى عن اليمين لوجود مرجحين تظافرا على

محل واحد ، وأما فى مسألتنا فإن دعـواها الإصابة مخالفة للأصل وظهور الحمل مرجح واحد عـارضه الأصل مع احتمال حصول الحـمل باستدخال الماء ولا يلزم من ترك اليمين عند وجود مرجحين لا معارض لها تركها عند وجود مرجح واحد له معارض .

نعم قد يتجه أن يكون في يمينها خلاف من وجهين :

أحدهما : البناء على أن إستدخال الماء هل يقرر المهر أم لا ؟ فإن قلنا: إنه لا يقرره فـلابد من اليمين لاحتمـال أن يكون الحمل منه وإن قلنا : إنه يقرره فلا فائدة في اليمين إذ لا حمل إلا من وطء أو استدخال ماء .

الثانى : أنه يحتمل أن يكون الحمل من غير الزوج ، وإنما الشرع ألحق الولد بالزوج ولم يراع هذا الاحـتمـال لقيـام الفراش فيـحلف لقـيام هذا الاحتمال .

القسم الخامس
فى فصول متفرقة
الأول : فيما يحل للزوج

قوله : إحداها :لا يمتنع شيء من الاستمتاعات إلا النظر إلى الفرج ففيه خلاف مذكـور فى كتاب النكاح ، والإتيان فى الدبر فـإنه حرام لما روى أنه سئل رسول الـله ﷺ عن ذلك فقال : « في أي الخربتين من دبرها فى قـبلها فنعم أو من دبرها فى دبرها فلا ؟ إن الله تعـالى لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء فى أدبارهن » (١) .

والخربة : الثقبة . انتهى كلامه .

الخربة بخاء معجمة مضمومة وراء ساكنة وباء موحدة كل ثقب مستدير قاله الجـوهري ، قال : والخـربة أيضًا ثقب الـورك والخرب مثلـه وكذلك الخرابة بالتخفيف وقد تشدد.

قوله: وهل يثبت النسب بالإتيان في الدبر فيه وجهان : أصحهما : نعم لأنه قد يسبق الماء . انتهى .

وهذه المســألة قد ذكـرها الرافـعى في أربعة مـواضع من هذا الكتـاب أحدها : هذا .

وثانيها : في كتاب الطلاق في الكلام على السنة والبدعة .

وثالثها : فى كتاب اللعان في أوائل الباب الثاني المعقود لقذف الزوج.

---

(١) أخـرجه الشـافـعي (١٣٢٢) والبـيهـقي في « الكبـرى» (١٣٨٩٠) والخطيب في «تاريخ دمـشق» (١٩٧/٣) .

قال الألباني : صحيح .

ورابعها : في آخر باب الاستبراء واختلف تصحيحه فيها اختلافًا عجيبًا جدًا ، وكذلك تصحيح النووي أيضًا ، وقد أوضحت المسألة وما يفتى به فيها في الاستبراء فراجعه .

قوله في أصل «الروضة» : وإذا وطيء أمته أو زوجته في دبرها فلا حد على الصحيح . انتهى .

وما ذكره من الجزم بثبوت الخلاف قد خالفه فى باب حد الزنا ، فإنه حكى فيه هناك طريقين أصحهما : القطع بعدم الوجوب ، والثانية على قولين ، وستعرف لفظه في موضعه فراجعه .

قوله من زياداته :قال أصحابنا : حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام التحليل والتحصين والخروج من العنة والتعنين وتغيير إذن البكر ، والسادس أن الدبر لا يحل بحال ، والقبل يحل في الزوجة والأمة المملوكة ، والسابعة إذا جومعت الكبيرة في دبرها فاغتسلت ثم خرج منى الرجل من دبرها لم يجب غسل ثان بخلاف القبل ، والله أعلم .

وهذا الحصر الذى ذكره يرد عليه مسائل :

إحداها : النظر إلى دبر المرأة فإنه لا يجوز كما رأيته مجزومًا في كتاب « الاستذكار » للدارمي ، نعم يجوز الاستمتاع بما بين إليتها .

الثانية : المفعول به إذا كان صائمًا في رمضان فلا يجب عليه الكفارة بلا خلاف رجلاً كان أو امرأة كما حكاه ابن الرفعة في كتاب الضيام عن القاضي أبي الطيب . والبندنيجى ، ولم يحك غيره بخلاف إتيان القبل فإن فيه قولين مشهورين .

نعم جزم الماوردى في كتاب النكاح من « الحاوي » بأن حكمه في ذلك حكم القبل .

الثالثة : أنه لا يجب الرجم على المفعول به بل يجلد وإن كان محصنًا

كما قاله فى «الروضة» في حد الزنا .

الرابعة : إذا خرج الدم لا يكون حيضًا .

الخامسة : عدم لحاق النسب بالإتيان فيه على اضطراب فيه .

قوله : ولا يحرم العزل في السرية بلا خلاف صيانة للملك . انتهى.

وما ادعاه من عدم الخلاف قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة» وليس كذلك ففيه وجه أنه لا يجوز لحق الولد ، كذا حكاه الرويانى في «البحر» قبيل باب نكاح الشغار .

قوله : وأما العزل عن الحرة المنكوحة ففيه طريقان :

إحداهما : إن لم تأذن لم يجز وإن أذنت فوجهان : وجه المنع ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: « إنه الوأد الخفى » (١) .

والطريقة الثانية : وهى الأظهر أنه يجوز إن رضيت لا محالة ، وإلا فوجهان : أصحهما : عند الغزالي أنه يجوز . انتهى ملخصًا .

والذي صححه الغزالي من الجواز عند عدم الرضى صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح ، وصححه أيضًا النووي في أصل «الروضة» وعبر بالمذهب لكنه لا يعرف منه التصحيح من الطريقين كما تعرف من الرافعي ، وإنما يؤخذ منه تصحيح المسألة من حيث الجملة ، والوأد دفن البنات وهن أحياء كما كانت كندة تفعله ومنه قوله تعالى : ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ ۝٨ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾ (٢) وقد ذكره النبي ﷺ عقب ذكره للفظ السابق ، والحديث رواه مسلم .

قوله : ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه أنه تجتنب الحائض في جميع بدنها .

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٤٢) من حديث عائشة عن جذامة بنت وهب .

(٢) التكوير : ٩ .

اعترض عليه في «الروضة» فقال في أثناء زيادة له ما نصه : وقد خالف قائله إجماع المسلمين هذا لفظه .

وما ادعاه من الإجماع على الجواز ليس كذلك ، فقد خالفه فيه ابن عباس من الصحابة ومن التابعين عبيدة السلماني الإمام الجليل كذا نقله عنهما ابن عطية في «تفسيره» ، ونقله الماوردي في «الحاوي» عن عبيدة فقط .

قوله : لا بأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد ، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطأين وضوءاً وغسل الفرج ، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنهن . انتهى كلامه .

وما ذكره من عدم تصوره في الزوجات بغير الإذن تابعه عليه أيضًا في «الروضة» . وليس كذلك ، بل يتصور في مسائل :

إحداها : أن يطأ واحدة في آخر نوبتها ، ثم يطأ التي تليها في أول النوبة ، ثم يطأ الثالثة بعد موت الثانية أو انفساخ نكاحها بسبب .

الصورة الثانية : أن يطأ واحدة في وسط نوبة الأخرى معتقدًا أنها صاحبة النوبة ، ثم يطأ صاحبتها .

الثالثة : أن لا يوجد من الزوجات إذن ولا منع ، بل يقمن عنده على العادة .

الرابعة : أن يتعدى فيطأ واحدة في نوبة كل ضرة من ضراتها فجاءت النوبة إليها فيلزمه أن يوفي الباقيات حقهن من نوبتها ويقيم عند كل واحدة منهن بقدر ما أقام عند تلك من نوبتها ولكن لا يكلف الوطء على الصحيح لأنه قد لا يقدر عليه وحينئذ فقد يطأ الجميع متواليات بأن يطأ صاحبة النوبة أولا ثم يدور على المظلومات فيطأهن أو بعكس بل يقول لا حاجة إلى هذا كله ، بل لو خرج من المظلوم بها إلى المظلومة] في اليوم

الذي حصل الظلم فيه وأراد جماع المظلومة] [1] فلا إشكال في استحباب الغسل لأنه أنشط إلى القيام بحق الثانية وخبرها ، بل لو أراد أن يطأ الزوجة عقب وطء حرام لا شبهة له فيه فالمتجه الجزم باستحبابه أيضًا لما ذكرناه ولوجوبه على الفور على الصحيح لكون سببه معصية ولأنه كالتبرى من الفعل الأول .

قوله : ويكره أن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته . انتهى.

وما ذكره من إطلاق الكراهة ذكر مثله في كتاب الشهادات أيضًا ، وتابعه عليه في «الروضة » فيهما لكن جزم في «شرح مسلم» بأنه يحرم على الرجل أن يظهر ما جرى بينه وبينها من أمور الاستمتاع ، ووصف تفاصيل ذلك وما جرى من المرأة من قول أو فعل ، قال : وأما مجرد الجماع فيكره ذكره إلا لفائدة ، وقد ذكرت هناك أيضًا كلامه ودليله.

قوله من زياداته : ويستحب أن لا يعطلها وأن لا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر . انتهى .

وما ذكر هاهنا من «زوائده» ذكره الرافعى في أول باب القسم ، وبين ما أجمله هاهنا من المدة فقال : فمن له زوجة واحدة ينبغى أن لا يعطلها فيستحب أن يثبت عندها ويحضنها وأدنى الدرجات أن لا يخلى أربع ليال عن ليلة . هذا كلامه .

واستأنسوا للأربع بأن نهاية الزوجات أربع وأقل القسم يوم .

---

(١) سقط من جـ .

الفصل الثاني
في وطء الأب جارية الابن

قوله : وإذا وطيء الأب جارية الابن لم يجب الحد وفيه قول مخرج ، وأما التعزير ففيه وجهان : أحدهما المنع لئلا يصير الابن وماله سببًا لعقوبة الأب.

وأصحهما : الوجوب كارتكاب سائر المحظورات ، ثم قال : ويشبه أن يكون هذا فى التعزير لحق الله تعالى لا لحق الابن . انتهى كلامه .

ذكره نحوه في «الروضة» ولم يذكره على صورة البحث ، بل جزم به وفي المراد بهذا التقييد نظر فإن أريد به أن الابن لا يثبت له على الأب تعزير قطعًا فباطل ، ولهذا جزم الأصحاب بأنه إذا قذف ولده عزر ، إلا أن ابن الرفعة ذكر في باب القذف من «الكفاية» أنه سمع بعض مشايخه يحكى وجهًا أنه لا يعزر ويؤيده أنه لا يحبس لوفاء دينه على الصحيح في «الشرح» و« الروضة» في كتاب الشهادات مع أن الحبس تعزير ، وإن أريد به أن هذا الخلاف في التعزير لحق الله تعالى وأما لحق الابن فيثبت جزما فباطل أيضًا لأن تعليل الوجه الأول صريح في دفعه ، وكذلك الخلاف الذي ذكرناه في الحبس .

قوله : الحالة الثانية إذا كانت الجارية موطوءة الابن ووطئها الأب وهو عالم بالحال فلا حد على الأصح ، ثم قال : وخصص الروياني في «البحر» الخلاف بما لو كانت موطوءة الابن من غير استيلاد ، فأما إذا كان قد استولدها فحكايته عن الأصحاب وجوب الحد قطعًا لأنه لا يتصور أن يملكها بحال . انتهى .

وهذا الكلام ربما يشعر بأن الأمر على ما نقله الروياني من التقييد لا

سيما كلام «الروضة» فإنه أشد إشعارًا به ، وليس كذلك ، بل الخلاف جار مطلقًا ، فقد ذكر بعد هذا فى أثناء التفريع على القول الصحيح ما يدل عليه فقال: أما إذا قلنا : إنه لا حد عليه فهو كما لو كان جاهلاً فيلزمه المسمى ، وتكون الجارية محرمة عليهما أبدًا ، وإذا أولدها فإن كانت مستولدة للابن لم تصر مستولدة للأب لأن أم الولد لا تقبل النقل هذا كلامه فجعل قول عدم وجوب الحد جاريًا مع استيلاد الابن لها على خلاف ما نقله الروياني ، وعبارة « الشرح الصغير » في أصل المسألة يدل عليه ، فإنه قال : بعد حكاية الخلاف ما نصه : ومنهم من يخصص القولين بكذا إلى أخره ، فلم يأت به في صورة التقييد ولا نقله عن الأصحاب، بل ساقه مساق حكايات الأوجه الضعيفة .

قوله : فإن قلنا بوجوب الحد فأولدها لم تصر أم ولد له وكان الولد رقيقًا غير نسيب ، وعلى هذا القياس إذا وطئ جاريته المحرمة عليه برضاع أو غيره وأولدها لا تصير أم ولد له إذا أوجبنا الحد ، قال الإمام : وارتاع بعض الأصحاب فلم يستجز أن يطأ الإنسان مملوكته فتحبل منه ولا تصير أم ولد له فحكم بثبوت النسب ، والاستيلاد مع القول بوجوب الحد ، وطرد هذا القائل كلامه في إيلاد جارية الابن والظاهر الأول .انتهى.

وما صححه هنا من نفى النسب وأمية الولد في جاريته المحرمة عليه على القول بوجوب الحد ذكر مثله في باب حد الزنا في الكلام على وطء الشبهة وخالف الموضعين جميعًا في كتاب أمهات الأولاد فجزم بثبوته تفريعًا على هذا القول ، وسوف أذكره في موضعه فراجعه ، وتابعه في «الروضة» على ذلك .

قوله: وفي إيلاد أحد الشريكين الجارية المشتركة يثبت الاستيلاد والنسب وإن طرد القول القديم ، وقيل بوجوب الحد لأن وطأه يصادف

ملكه وملك غيره حقيقة ، وكانت الشبهة أقوى تمكنًا ، وإنما [يجب] (١) الحد صيانة لملك الغير . انتهى كلامه.

وما جزم به هاهنا من ثبوت النسب والاستيلاد ، وإن فرعنا على وجوب الحد قد خالفه في باب حد الزنا في الكلام على وطء الشبهة فصحح عدم الثبوت وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه ، وتابعه في «الروضة» على الموضعين .

قوله : وقطع الجمهور بأنه لا يجوز للأب أن يتزوج بجارية ولده سواء أوجبنا الإعفاف أم لا ، ثم قال: ولو نكح الأب جارية أجنبى فملكها الابن، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة ، فهل ينفسخ نكاحه؟ وجهان أحدهما : نعم كما لو ملكها الأب .

وأصحهما : لا لأن الدوام له من القوة ما ليس للابتداء . انتهى.

والتقييد بكون الأب لا يجوز له نكاح الأمة وقع أيضًا في «الشرح الصغير» و«المحرر» وتابع النووي عليه في «الروضة» و«المنهاج» وهذا القيد لا فائدة له .

قوله : ولو أيسر الأب بعد ما ملكه الولد جارية أو ثمنها لم يكن له الرجوع كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر . انتهى كلامه .

وما أطلقه من عدم الرجوع في النفقة وتابعه عليه في «الروضة» سبقهما إليه صاحب «المهذب» وغيره وهو مشكل لا يوافق القواعد فإن نفقة القريب إمتاع لا تمليك ، قال الإمام : ومن ثمرة ذلك أنه لا يجب على الولد تسليمها إليه ، بل لو قال : كل معي كفى ، وقد نقل ابن الرفعة في كتابيه «الكفاية» و«المطلب» ذلك عن «المهذب» ، ثم رده بما ذكرناه .

(١) سقط من جـ .

الفصل الرابع
فى تزويج الإماء

قوله: إحداها إذا زوج أمته لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً، ولكن يستخدمها نهاراً ويسلمها ليلاً . انتهى .

تابعه عليه في «الروضة» وفيه أمران :

أحدهما : أنهما لم يبينا ابتداء وقت التسليم وهو يوهم أنه من الغروب، وليس كذلك بل وقته بمضي الثلث الأول من الليل ، كذا نص عليه الشافعي في «البويطي » لكن سبق في باب الإجارة من «الروضة» أنه إذا استأجر شخصًا للخدمة يمكث عنده من الليل ما جرت به العادة ، وقياس ذلك مراعاة العادة هنا أيضًا .

الثانى : أن الأمة المزوجة يحرم على سيدها النظر إليها والخلوة بها ، وقد سبق في العارية أنه يحرم استعارة جارية الغير للخدمة على الأصح لأنه مظنة للخلوة والمدرك في الموضعين واحد .

قوله : وإن لم يسلمها السيد إلا بالليل ففي النفقة وجوه : أظهرها عند جمهور العراقيين والبغوي : أنه لا يجب شيء ، وبه قال أبو إسحاق .

والثانى : يجب النصف .

والثالث : يجب الجميع ، وأُجري الوجهان الأولان في ما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً . انتهى.

وفى كلام الرافعى إشعار بالتوقف في جريان الوجهين في امتناع الحرة في بعض الزمان ، وقد جزم بجريانهما في كتاب النفقات واختلف كلام النووى فيه فصحح هنا أنهما لا يجريان فقال : قلت الصحيح الجزم في

الحرة بأنه لا يجب شيء ، ثم جزم في كتاب النفقات بجريانهما على عكس ما صححه هنا ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

قوله في المسألة : وأما المهر فعن الشيخ أبي حامد أنه لا يجب تسليمه كالنفقة وذكر القاضي أبو الطيب أنه يجب ، قال ابن الصباغ : وهذا أصح لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد حصل وليس كالنفقة فإنها لا تجب بتسليم واحد . انتهى .

وهذا الذي صححه ابن الصباغ قد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح أيضًا ، وكذلك النووى من زياداته ، ولم ينقل عن ابن الصباغ في أصل « الروضة » سوى التعليل .

قوله : وإذا قتل السيد أمته فالنص في «المختصر » أنه لا مهر ، وعن نصه في «الأم» أن الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر وللأصحاب فيهما طريقان أشهرهما : أن المسألتين على قولين بالنقل والتخريج أحدهما : يسقط فيهما .

والثاني : لا يسقط فيهما ، والطريقة الثانية تقرير النصين ، ثم قال: والظاهر في قتل السيد الأمة سقوط المهر وفي قتل الحرة نفسها عدمه ، ولو قتلت الأمة نفسها كان كقتل السيد . انتهى ملخصًا .

والتفصيل بين الأمة والحرة هو تقرير النصين بعينه ، فكيف يستقيم مع تصحيحه أن يكون الصحيح طريقة التخريج ؟ لأنه متى صحح التخريج والتخريج لا يزيد على قولين لزم أن يكون الأصح أحدهما وهو السقوط فيهما أو عدمه فيهما ، وذكر في «الروضة» نحو ما ذكره الرافعي .

قوله : وإن كان قد زوج أمته على صورة التفويض ثم جرى الفرض أو الدخول قبل بيعها فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضًا ، وكذلك إن أوجبنا

المهر في المفوضة بالعقد ، وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع فالمفروض أو مهر المثل للبائع أو للمشترى ؟ فيه طريقان : أظهرهما : أنه على وجهين بناء على أن الوجوب بالفرض والدخول أو نتبين بالفرض والدخول وجوب [المفروض أو] (١) مهر المثل [بالعقد] (٢) وفيه قولان : إذا قلنا بالأول فهو للمشترى ، وإن قلنا بالثانى فهو للبائع ، والطريق الثانى القطع بأنه للبائع لأن العقد هو السبب .انتهى كلامه .

الأصح من هذين القولين المبني عليهما هو الأول ، كذا صححه النووي في «الروضة» ولم ينبه على أنه من زياداته ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له ، فإنه غريب ، ولم يصحح شيئًا منهما في «الشرح الصغير» أيضًا ، ولم يتعرض الرافعي في باب التفويض لهذين القولين .

قوله في ما إذا زوج أمته من عبده : وحكى الشيخ أبو على وجهين في أنه يجب المهر ثم يسقط أو لا يجب أصلاً ، وجه الأول أن لا يعري النكاح عن المهر فالنكاح بلا مهر من خصائص رسول الله ﷺ .

ووجه الثاني : أن المعنى المسقط للمهر كونه مالكًا وأنه مقترن بالعقد. فيدفع الوجوب . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح من هذا الخلاف هو عدم الوجوب ، كذا صححه الإمام في «النهاية» والماوردي في «الحاوي» وهو مقتضى كلام «الحاوي الصغير» .

الأمر الثاني : في فائدة الخلاف فإنه لم يتعرض لها الرافعي ولا النووى ولا ابن الرفعة وفائدته ما حكاه شيخنا قاضي القضاة جمال الدين الوجيزي عن شيخه أقضى القضاة ظهير الدين في ما إذا زوجه بها وفوض بضعها

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من جـ .

فقال : زوجتكها بلا مهر ، ثم أعتقه السيد ثم وطئها وهو حر ، فإن قلنا بعدم الوجوب فلا شيء للسيد على العبد ، وإن قلنا يجب ويسقط فللسيد عليه مهر المثل ، لأن المهر في نكاح التفويض لا يجب بالعقد ، بل بالدخول وهو حالة الدخول حر فلا يسقط ما وجب عليه في تلك الحالة للسيد لأنا إنما أسقطناه وهو رقيق لأن السيد لا يثبت له على عبده شيء وقد انتفى ذلك المعنى ، وهذه القاعدة أيضًا تأتي في ما إذا باعه بعد صدور هذا النكاح الواقع على التفويض ، فإن قيل ينبغى أن لا يجب لأنه استحق وطنًا لا شيء في مقابلته فيكون كما لو نكح كافر كافرة بالتفويض واعتقدوا أن لا مهر فإنه لا يجب شيء ، وإن وقع الوطء في الإسلام ، وعلله الرافعي بما قلناه من كونه استحق وطءً لا شيء فيه ، قلنا : الفرق أن العقد في هذه الحالة قد اقتضى وجوب شيء إذ التفريع عليه فوجد سبب الوجوب ، ولم يوجد المسقط بخلاف العقد المذكور من الكافر فإنه لم يقتضي وجوب شيء .

قوله : ولو قال لغيره أعتق عبدك عني على أن أنكحك أمتى فأجاب، أو قالت له امرأة اعتقه على أن أنكحك ففعل عتق العبد ، ولم يلزم الوفاء بالنكاح ، وفي وجوب قيمة العبد وجهان بناء على القولين في ما إذا قال: أعتق عبدك عنك على ألف على أنه لا يلزمني الألف والأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «التهذيب» وغيرهما أنه لا يلزم لأنه لا يعود إليه منفعة بعتقه ، ولو قال لأمته أعتقتك على أن تنكحي زيدًا فقبلت ففي وجوب القيمة الوجهان أيضًا حكاهما الحناطي . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الخلاف المذكور في مسألة العتق قد جعله في كفارة الظهار وجهين .

الثاني : أنه صحح هناك لزوم الألف على خلاف ما يقتضيه كلامه هنا، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه ، ووقع الموضعان في «الروضة» كذلك .

الثالث : أن النووي في «الروضة» قد حذف المذكور فى الوجهين الأخيرين المنقولين عن الحناطي ففات بحذفهما ما دل عليه كلام الرافعي من التصحيح فيها كما في المسألة قبلها .

قوله : كما لو قال طلقتك على أن لا تحتجبي عني فإن الطلاق يقع من غير قول لأنه ليس بعوض في الشرع ، وإن كان قد يتفق قصده . انتهى .

هذه المسألة حذفها النووي من «الروضة» .

قوله : ولفظ الصحيح في قول الغزالي : إن يسر الله بيننا نكاحًا صحيحًا لا حاجة إليه ، فإن لفظ النكاح والبيع وسائر العقود يختص بالصحيح منها على الظاهر كما سيأتى في باب الأيمان إن شاء الله تعالى. انتهى كلامه .

وهذا الخلاف الذى ادعاه وزعم أنه يأتي في الأيمان قد ذكره أيضًا قبل ذلك بنحو كراسين في الكلام على الغرور ، وفي غير ذلك أيضًا وهو وهم لا أصل له ، وسيأتي إيضاحه في آخر كتاب الأيمان فراجعه .

الفصل الخامس
فى تزويج العبد

قوله : وإذا جرى نكاح العبد بإذن السيد لا يصير السيد ضامنًا للمهر والنفقة على الجديد فإن قلنا بالقديم فهل يجب على السيد إبتداء أم يلاقي العبد ثم يتحمل عنه السيد ؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز ، وصحح الثاني وقطع البغوي بالأول ، وكلام الإمام يقرب منه فإنه قال : وهذا وإن سمي ضامنًا إلى آخره ثم قال : فعلى الأول لا تتوجه المطالبة إلا على السيد ولو أبرأت العبد فهو كفء ، وعلى الثاني تتوجه المطالبة عليهما . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصح هو الثاني وهو التحمل كذا صححه الرافعى في «الشرح الصغير» .

الأمر الثاني : أن كلام الرافعي يقتضى موافقة الإمام والبغوى مع أن [التعبير الذي نقله هو عنه لا يقتضي ذلك ، بل قد صرح الإمام في] (١) الكلام على الأب هل يكون ضامنًا لمهر ولده الصغير بعكس ذلك ، ولم يحك فيه خلافًا .

قوله : يجب على السيد تخلية العبد بالليل للاستمتاع وله أن يستخدمه نهارًا إذا تكفل بالمهر والنفقة وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب ، فإن استخدمه ولم يلتزم شيئًا لزمه الغرم ، وفى ما يغرمه ؟ وجهان أصحهما: أقل الأمرين من أجرة المثل وكمال المهر والنفقة .

والثاني : كمال المهر والنفقة [على الوجهين في المراد بالنفقة] (٢) وجهان ، الصحيح نفقه مدة الاستخدام ، والثاني نفقة مدة النكاح ما امتدت

---
(١) سقط من جـ .
(٢) سقط من أ .

لأنه ربما كان يكتسب ما بقي لجميع ذلك . انتهى ملخصًا .

ذكر مثـله في «الروضة» ولا شك أن جريان الوجهين في المراد بالنـفقة على الوجه الثاني واضح ، وأما علـى الوجه الأول وهو القائل بالأقل فلا فـائدة فيـه إذا كـان الأقل هو الأجرة لأنهـا إن كـانت أقل من نفـقة مـدة الاستخـدام فهى الواجبة ، وإن كـانت أقل من نفقة العمـر فبطريق الأولى لأن نفقة مدة الاستخدام جزء من نفقة تلك المدة مع ما بعده ، وأما إذا كان الأقل هو النفقة كـما إذا فرضنا مثلا أن أجرته تسـاوى درهمين ونفقة تلك المدة تساوي درهمًـا ونفقتـها مع ما بعـدها تزيد على درهمين فإن اعتـبرنا الأقل بالنسبـة إلى نفقة مـدة الاستخـدام أوجبنا الأقل وهو الدرهم ، وإن اعتبـرنا الأقل ولكن بالنسبة إلى العمـر فيوجب درهمين فقـد ظهرت فائدة الخلاف فى قسم واحـد من أربعة أقسام ، ولأجل ما ذكرناه نعـرف نقصان الأجرة عن نفقة العمر من زيادتها عليـه ، فإن الأجرة إن كانت بقدر النفقة في مدة الاستـخدام أو أقل علمنا أن أجرة المثل أقل من المهر ونفقـة العمر فإن كانت ـ أى الأجـرة ـ أكثر كما لو كانت عـشرة والنفقة خمسـة فيأمن السيد بالنفـقة تلك المدة ثم ينظر إن بقي النكاح حتى استغـرقت النفقة تمام العشرة علمنا أن أجرة المثل أقل من نفـقة مدة النكاح مع المهر فلا يزيد عن تمام العشـرة ، وإن زال النكاح بموت أو غيره قـبل استكمال العـشرة نظرنا بينها وبين الخمسة التى هى نفقة تلك المدة ونفقة بقية مدة النكاح ، وعلمنا الأقل وطريقه لا يخفى .

واعلم أن الغزالي في «الوجيـز» لما حكى الأوجه لم يذكر الأقل ، بل ذكر عوضه أجرة المثل وليس ذلك مـغايرًا له فإن الزوجة ليس لها إلا المؤنة فإن كانت الأجرة أكثر استحـال إيجابها للمرأة ولا وجه لخروجها عن ملك السيد فلزم أن الأجرة بكمالهـا إنما تجب إذا كانت أقل ، وحينئذ فينتظم أن

يقال الواجب إنما هو الأقل .

قوله : قال القاضي الحسين في « فتاويه » : لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح فقال السيد ما أذنت ، فالوجه أن تدعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي ليسمع القاضي البينة . انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» لكن الصحيح في كتاب الدعوى أن مجرد دعوى الزوجية أي بدون مال مسموعة على الصحيح ، وهذا التصوير المتكلف فيه توهم الذهول عنه وأنها لا تسمع .

قوله في مسائل الدور : المسألة الثانية : زوج أمته عبد غيره وقبض الصداق وأتلفه بإنفاق أو غيره ، ثم أعتقها في مرض موته أو أوصى بعتقها فأعتقت وهي ثلث ماله ، وكان ذلك قبل الدخول فليس لها خيار العتق لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد ، وحينئذ فلا تخرج بتمامها من الثلث ، وإذا بقي الرق في البعض لا يثبت الخيار ، فإثبات الخيار يجر إلى سقوطه ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث أمواله مع الصداق ، ولو خرجت من الثلث دون الصداق أو أنفق ذلك بعد الدخول واستقرار المهر فلها الخيار ، ولو كانت المسألة بحالها إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موته فينظر إن كان الوارث معسراً فلا خيار لها لأنها لو فسخت النكاح لزم رد المهر من تركة الميت ، وإذا كان على الميت دين لم ينفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح . انتهى كلامه .

وما ذكره يستقيم في صورة ثلث المهر ، فأما في الصورة الثانية فلا لأنه بالفسخ تبقى العين التي هي المهر مستحقة لسيد العبد ولا دين على التركة.

قوله : والمكاتب لا يتسرى من غير إذن السيد وبإذنه قولان بناء على الخلاف في تبرعاته بإذن المولى . انتهى كلامه .

وهذه المسـألة مـذكورة في الرافـعي و«الروضـة» في ثلاثة مـواضع : أحدها: هذا ، والثـاني : في باب الوكالة ، والثالث : في البـيع في آخر معـاملات العبيـد ، وهو من زيادات النووي ، ومقتـضى المذكور هنا وفي البيع تصحيح الجواز لأنه الأصح في التبرعات ، ولكن الصحيح الذي عليه الفتوى خلافه ، وسنوضحه إن شاء الله تعالى في الكتابة فراجعه .

الفصل السادس
في النزاع

قوله : ويقبل إقرار المرأة بالنكاح قال الإمام : ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرار البكر ومعها مجبر حذرًا من اختلاف الإقرارين ، وإذا قبلنا إقرارها فاختلفت هي والولي فيجوز أن يقال : الحكم للسابق ويجوز أن يقال : يبطلان جميعًا ، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني أن المقبول إقراره أم إقرارها فحصل أربعة احتمالات . انتهى كلامه .

وما ذكره من حصول أربعة قد تبعه عليه أيضًا في «الروضة» وكأنه أراد ما إذا فرعنا على قبول الإقرار وإلا فمقالة الإمام المذكورة أولاً المقتضية لعدم القبول ما دام المخير موجودًا مقالة خامسة .

قوله : وإذا زوجت المرأة بغير رضاها لكونها مجبرة ، ثم ادعت أن بينها وبين الزوج محرمية فيقبل قولها في أصح الوجهين ، ثم قال واحتج الشيخ أبو علي بأن الشافعي نص على أنه لو باع الحاكم عبدًا أو عقارًا على مالكه الغائب بسبب اقتضاه ثم جاء المالك ، وقال كنت أعتقت العبد أو العقار ، أو بعته صدق بيمينه ونقض بيع القاضي ورد الثمن على المشتري بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله ، ثم ادعى ذلك فإنه لا يقبل لأنه سبق منه ما يقتضيه ، ومقتضى حكايته أنه لا خلاف في صورة بيع الحاكم لكن الإمام حكى فيها قولين . انتهى كلامه .

وفيه أمران :

أحدهما : أن التعليل بالمناقضة يوهم عدم سماع الدعوى والبينة وليس كذلك كما ستعرفه في اخر الدعاوى في الباب المعقود للمسائل المنثورة .

الأمر الثاني : أن القولين اللذين حكاهما الإمام قد حكاهما الربيع في «الأم» ، والأصح منهما هو تصديق المالك ، كذا صححه الرافعى في آخر الباب الأول من أبواب اللقطة وعبر بقوله أصح القولين ، إلا أنه مثل بالعتق خاصة ، وقد علمت بما ذكره هنا أنه لا فرق بين العتق وغيره .

قوله المسألة الثانية : إذا زوج أمته من إنسان ، ثم قال : كنت مجنونًا أو محجوراً على وقت تزويجها ، وأنكر الزوج وقال تزوجتها تزويجًا صحيحًا، فإن لم يعهد للسيد ما ادعاه ولا بينة فالقول قول الزوج بيمينه لأن الظاهر صحة النكاح ، وكذا لو قال زوجتها وأنا محرم أو قال : لم تكن ملكى يومئذ ثم ملكتها ، وكذا الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع بعته وأنا محجور على أو لم يكن ملكى ثم ملكته ، وعن نصه في «الإملاء» أنه لو زوج أخته ثم مات الزوج فادعى ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها ، وقال : بل زوجنى بإذنى فالقول قولها ، ولك أن تقول سبق ذكر وجهين في ما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع والآخر فساده فليجئ ذلك الخلاف في هذه الصورة . انتهى.

اعترض عليه النووى فقال : لم يذكر الأصحاب في هذه الصور خلافًا، ولا يصح مجيئوه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم بخلاف البيع فإن وقوعه فاسد كثيراً . انتهى كلامه وفى ما ذكره ـ أعني النووى ـ أمران :

أحدهما : أن ما ادعاه من عدم ذكر الأصحاب لهذا الخلاف هنا ليس كذلك ، بل قد صرحوا بجريانه حتى جزم البغوى في فتاويه بتصديق مدعي الفساد ، ولم يحك خلافه ، وإنما ذهب إليه هنا لأنه ذهب إليه في البيع كما نقله عنه الرافعي هناك ، والغريب أن النووي قد صرح قبل ذلك بالخلاف في النكاح ، والأغرب فيه كونه من « زياداته » فقال في الكلام

على الشهادة في النكاح في أثناء زيادة ما نصه ولو قالت : عقدنا بفاسقين، فقال : بل بعدلين ، فأيهما يقبل ؟ وجهان : الأصح قول الزوج هذا كلامه .

الأمر الثاني : أن هذا الفرق الذي ذكره النووي خاص بالنكاح ولا يشمل جميع الصور التي أشار الرافعي إلى التخريج فيها فإن من جملتها ما إذا باع عبدًا ، ثم قال بعد البيع : بعته وأنا محجور علي أو لم يمكن ملكي ثم ملكته .

قوله : ولو ادعت المنكوحة أنها زوجت بغير إذنها وهى معتبرة الإذن ففي « فتاوى البغوي » أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه ، فكأنه جعل الدخول بمنزلة الرضى . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد أعادها الرافعى في آخر كتاب الرجعة ، وجزم بالقبول مطلقًا من غير تفصيل ولا إعزاء إلى ناقل ، وفرع عليها بأنها لو رجعت وقالت: كنت رضيت، ففي قبول رجوعها وجهان المنصوص أنه لا يقبل .

قوله نقلاً عن «فتاوى البغوي » :إذا قالت لوليها وهى في نكاح أو عدة: أذنت لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي . إلى آخره.

اعلم أن هذا الفرع نقله النووي من هنا إلى الكلام على الأولياء وفيه اضطراب أشرت إليه هناك وصرحت به في الوكالة فراجعه .

قوله : عن الفتاوي المذكورة : ولو كان له إخوة فزوجها أحدهم وحضر الآخران شاهدين ففي صحة النكاح جوابان وجه المنع أن الشرع جعل المباشر نائبًا عن الباقين في أداء ما توجه عليهم ، انتهى كلامه .

وهذه المسألة لم ينقلها الرافعى عن الفتاوى المذكورة على وجهها ، فإن البغوي أجاب بعدم الصحة فقال :عندي أنه لا يصح لأنهم جميعًا أولياء ،

وإن صح العقد من واحد منهم ، ثم قال بعد ذلك ويحتمل غيره ، ثم أردفه بأنه لو زوجها واحد منهم برضاها من غير كفء برضى الباقين وحضر الباقون شهودًا فالمنع فيه أظهر مما قبله ، ونقل النووي هذه المسألة من هنا إلى ركن الشهود ، ورجح من زياداته الصحة فقال : إنه الأرجح .

قوله : ولو زوج أمته ثم قال : كنت صبيًا لم يصدق في أظهر القولين ولو زوج أخته برضاها ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ ففي ـ فتاوى القفال ـ والقاضي الحسين والبغوي أن القول قولها بيمينها ، وإن اعترفت يومئذ ببلوغها ، وهذا يمكن أن يكون تفريعًا على أحد القولين ، ويمكن أن يفرق بأن العقود الجارية بين المسلمين وإن كان الغالب صحتها إلا أن هذه لم تعقل . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن الفتوى على الثاني فإنه قياس ما سبق بدون ورقة في ما إذا ادعت أن بينهما محرمية ولم يقع التزويج برضاها أن قولها يقبل في أصح الوجهين الذي نقله الإمام عن المعظم لأنها لم تعترف بنقيضه .

الأمر الثاني : أنها لو ادعت أنها زوجت بغير إذنها وهى معتبرة الإذن فلا يقبل قولها بعد ما دخلت عليه وأقامت معه كذا نقله الرافعي قبل هذا الموضع بقليل عن البغوي وأقره وعلله بقوله ـ كأنه يعني البغوي ـ جعل الدخول بمنزلة الرضى ، وإذا علمت ذلك اتجه أن تكون صورة المسألة في ما إذا ادعت ذلك عقب البلوغ فإن مكنته بعد ذلك ، ثم ادعت لم يقبل قولها .

كتاب الصداق
وفيه خمسة أبواب
الأول في الصداق الصحيح

قوله : أما إذا زاد الصداق في يد الزوج فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصنعة فهي تابعة للأصل ، وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال في «التتمة» : إن قلنا : إن الصداق مضمون ضمان اليد فهى للمرأة ، وإن قلنا بضمان العقد فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض ، والأصح أنها للمشتري في البيع ، وللمرأة هاهنا ، فإن قلنا : إنها للمرأة فهلكت في يده أو زالت المتصلة بعد حصولها فلا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : إنه يضمن ضمان المغصوب وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع ففي «التهذيب» وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين في أن الزوائد لمن هي في ما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب ، فأما إذا استمر العقد وقبضت الأصل فالزوائد لها . انتهى كلامه .

وما ذكره عن «التتمة » من إطلاق الوجهين حتى جعل كلام «التهذيب» وغيره مقيدًا له تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وهو غلط لا ذكر له في «التتمة» ولا يتصور القول به إذ كيف يصح القول بأن الزوائد ملك للبائع وللزوج ولا ملك لهما ، ولم يحصل فسخ ؟ والمسألة قد ذكرها في «التتمة» على الصواب ، وجعل الوجهين في البابين في حالة الفسخ كما ذكره في «التهذيب» وغيره ، فقال في البيع : الزوائد الحاصلة من المبيع قبل القبض للمشتري يجب على البائع تسليمها إليه ، وذلك كالولد والنتاج واللبن والثمرة والبيضة وكسب العبد لأن الملك قد انتقل إليه بنفس العقد وسبب

ملك الزوائد ملك الأصل ، فإذا كان الأصل له كانت الزوائد له ، هذا كلامه، وقال في باب الرد بالعيب : إذا رد المبيع بالعيب فالزوائد الحادثة تبقى للمشترى سواء كان قبل القبض أو بعده إلا إذا قلنا أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله فترد الزوائد كلها هذا لفظه ، فحكى الخلاف فى حالة ارتفاع البيع ، ثم أنه في هذا الباب جعل حكم زوائد الصداق كزوائد البيع، فقال : إذا حصلت زوائد منفصلة في يد الزوج فلمن تكون ؟ إن قلنا أن الصداق مضمون ضمان يد فالزوائد تسلم لها ، وإن قلنا ضمان عقد فحكمها حكم زوائد المبيع قبل القبض ، وهكذا لو ردت الصداق بعيب بعد حصول الزوائد في يده ، وإن قلنا بضمان اليد فهي لها ، وإن قلنا بضمان العقد فحكمها حكم ما لو وجد بالمبيع عيبًا فرده هذا كلامه، فتقرر من كلامه أن محل الخلاف فى المبيع إنما هو في حالة الفسخ فإن الصداق كالبيع فلزم أن يكون أيضًا محل الخلاف فيه ـ أى في الصداق ـ إنما هو في ما إذا فسخ .

قوله : وللمرأة حبس نفسها إلى أن يسلمها الزوج الصداق إن كان عينًا أو دينًا حالاً ، فإن كان مؤجلاً فلا ، ثم قال : فإن حل بعد الأجل قبل أن تسلم نفسها فجواب الشيخ أبى حامد وأصحابه أنه ليس لها الحبس أيضًا، وعلى هذا جرى صاحب « التهذيب» و«التتمة» ، وأكثر الأئمة وفيه وجه أن لها الحبس . انتهى .

وما ذكره من رجحان عدم الحبس ذكره في «المحرر» أيضًا وخالفهما في «الشرح الصغير» فصحح الجواز وهو الصواب كما سبق إيضاحه في البيع فراجعه .

قوله : وله أن يمتنع من تسليم الصغيرة لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة وفي المريضة وجهان ، قال في «الشامل» : الأقيس أنه ليس له الامتناع كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت . انتهى .

ذكر مثله في «الروضة» أيضًا ، وهذا الوجه الذى رجحه صاحب «الشامل» جزم به في «البحر» هنا ورجحه في «الشرح الصغير» وعبر بالأقيس .

قوله : ثم إن كانت تخاف الإفضاء إذا وطئت لعبالة [الزوج][1] فليس عليها التمكين وليس له الفسخ بخلاف الرتق والقرن فإنه يمنع مطلقًا، والتحاقه لا يمنع وطء نحيف مثلها ، وفي الكتاب ما يخالف هذا في الديات . انتهى .

واعلم أن الرافعي قد رجح في الديات تفصيلاً لم يصرح به هاهنا فقال بعد ذكر مقالة الجمهور ومقالة الغزالي ما نصه : ويشبه أن يفصل فيقال إن كانت المرأة نحيفة لو وطئها الزوج لأفضاها لكنها تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ ، وإن كان ضيق المنفذ بحيث يفضي وطؤها من أى شخص فرض إلى الإفضاء فهو كالرتق وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولى، وما في الكتاب على الثانية هذا كلامه .

والعبالة بفتح العين المهملة وباء موحدة هي الغلط يقال عبل بالضم عبالة بمعنى غلط وبمعنى تم خلقه .

قوله : فروع عن «مجرد الحناطي» : اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هى صغيرة لا تحتمل الجماع ، وقال الآخر تحتمله فهل القول قول منكر الاحتمال أم تعرض على أربع نسوة أو رجلين من المحارم ؟ فيه وجهان. انتهى .

والأصح كما قاله في «الروضة» هو الثاني ، وحكاية الوجه الأول تقتضى أن مدعى الاحتمال لا تقبل بينته وإلا فيتحد الوجهان ولا يتأتى

---

(١) في أ ، ب : الزوجة ، والمثبت من الروضة ، جـ .

القول بذلك ، والظاهر أن قائلاً عبر بالأول ، وقائلاً بالثانى فتوهم الواقف عليهما المغايرة مع أنهما متحدان .

قوله : المهر الواجب بالنكاح أو الفرض مستقر بطريقين : أحدهما الوطء [وإن كان حرامًا لوقوعه في الحيض وإلا حرام لأن الوطء][1] بالشبهة يوجب المهر ابتداء فالوطء فى النكاح أولى إن تقرر المهر الواجب. انتهى.

وما ذكره الرافعى من كون الوطء وحده كافيًا ذكره الأصحاب كلهم وليس كذلك بل لابد من قيد آخر ، وهو قبض العين لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع ، فكما قالوا : إن المنع قبل القبض غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض كذلك الصداق .

(١) سقط من أ .

الباب الثاني
في الصداق الفاسد

قوله : الضرب الثاني ما يخل بمقصود النكاح كشرط أن يطلقها ، أو لا يطأها وقد سبق الكلام في الصورتين في فصل التحليل . انتهى .

وما ذكره من سبق ذكر ترك الوطء هناك تابعه عليه في «الروضة» ، لكن الذى سبق هناك مما يتعلق بالوطء ليس اشتراط تركه مطلقًا ، بل الذى سبق إنما هو إذا شرط أن لا يطأها نهارًا أو لا يطأها إلا مرة واحدة فاعلمه، وإن كان الحكم واحد .

قوله فى أصل «الروضة» : فصل : نقل المزني في «المختصر» أنه لو نكحها بألف على أن [لأبيها] (١) ألفًا فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطى أباها ألفًا كان الصداق جائزًا ، وللأصحاب طرق : المذهب منها فساد الصداق في الصورتين ووجوب مهر المثل .

والثاني : تقرير النصين ، والثالث : طرد قولين فيهما . انتهى .

واعلم أن الرافعى رحمه الله قد صور المسألة الثانية [بما إذا عطف الألف الثانية] (٢) المذكوره فيها على الألف الأولى ، فقال : لو نكحها على ألف ، وعلى أن يعطى أباها ألفًا وعلل الصحة بقوله : وأما في الصورة الثانية فالمشروط الإعطاء معطوفًا على الألف الأولى فيشعر بأن الصداق ألفان ، والزوج نائب عنها في [رفع أحد الألفين إلى الأب ، أو الأب نائب عنها في] (٣) القبض هذا لفظ الرافعي ثم ذكر بعد ذلك أيضًا - أعنى الرافعي - أن إثبات الواو هو الموجود في [أكثر] (٤) نسخ «المختصر»

---

(١) في جـ : لابنها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في جـ : أظهر

وبأنه أكثر إشـعارًا في الفرق فحذف النووي حرف العطف فلزم منه تـغيير المسألة .

قوله : وإذا جـمع بين نسوة في عـقد واحد وذكـر للكل صداقًـا واحدًا صح النكاح ، وفي الصداق قـولان ، وهذا قد يتصـور عند إيجاد الولي بأن يكون للرجل بنات ابن مختـلفات الآباء أو يكون له عتيقات ، وقـد يتصور مع التـعدد بأن وكل أوليـاء النسوة رجـلاً فزوجهـن فى عقد واحـد وأصح القولين الفساد لأن تعـدد العاقد يوجب تعدد العقد، والصـداق مجهول فى كل عقـد فيفسـد ، ثم قال: ونص الشافعى أنه لو اشـترى عبيـدًا كل واحد لمالك صفقة واحدة إما من الملاك أو من وكيل لهم بطل البيع. انتهى كلامه.

وهو كالصـريح في امتناع وقـوع النكاح من الأولياء بالمبـاشرة وإمكان البيع من المالكين فتـأمله وهو غير مستقيم ، بل إن تصـور فى البيع تصور في النكاح بذلك الطريق بعينه وإلا فلا ، والصواب إمكانه بما ذكروه .

قـوله في المسألة : فـإذا قلنا بصـحة الصـداق وزع المسـمى على مهـور أمثالهن ، وفيه وجه أو قول ضعيف أنه يوزع على عدد رؤوسهن ، لأنه ذكر المهر فى مقابلهن . انتهى .

ذكر في « الروضــة » مثله وإنما تردد بين القولين والوجـهين لأن الإمام نقل عن «تعليـقـة القاضي الحـسين» أن الخلاف قـولان ، وتبـعه الغـزالي في«البسيط» ، وخالف في «الوسيط» فجعله وجهين .

قـوله : أيضًا في المـسألة وإن قلنا بفـسـاد الصداق فـفى مـا يجب لهن قولان كالقولين في ما إذا قال : أصدقتك هذا العبد فخرج حرًا أو مستحقًا، أصحهما لكل واحدة منهن مهر مثلها لجهالة المذكور .

والثانى : يوزع المسمى على مهور أمثالهن ويكون الحاصل لكل واحدة كالحاصل لها إذا قلنا بصحة المسمى . انتهى كلامه .

وهذا القول الثاني وهو القول المذكور في آخر كلامه تفريعًا على قول فساد الصداق قد تبعه عليه أيضًا في «الروضة» وهو غلط عجيب وقع للغزالي في «الوسيط» و «الوجيز» فقلدهما الرافعي ذاهلاً عن ذلك لأن هذا القول هو قول الصحة بعينه والتفريع على الفساد ، وقد ذكره الإمام على الصواب وكذلك الغزالي في «البسيط» عند تلخيصه لكلام إمامه ، فإنه قال - أعني الغزالي - التفريع إن قضينا بصحة الصداق فالتوزيع على مهور أمثالهن ، وإن فرعنا على فساد الصداق فالرجوع لكل واحدة إلى مهر مثلها وهذا ظاهر على القول بأن المهر يضمن قبل القبض يضمن ضمان العقود ، وأما على القول بأنه يضمن ضمان اليد ، فإنا نقدر الحر عبدًا ، والخمر عصيرًا إذا جعلا صداقين ويرجع إلى قيمتهما ، وهذا المجهول أى الذى في مسألتنا وهى جمع النسوة في المهر يمكن تقويمه بالتوزيع ، وليس هذا المجهول لا يتوصل إلى تقويمه فعلى هذا القول أى ضمان اليد كان يتجه [القول] (١) بصحة الصداق ، وتخصيص القولين بالقول الآخر وهو ضمان العقد ، لكن قطع الأصحاب بطرد القولين مطلقًا ، فليكن هذا إشكالاً لا تصحيحًا لضمان العقد ، انتهى كلام «البسيط» وهو صحيح متجه ، فإن الإشارة في قوله وهذا ظاهر على القول بأن المهر يضمن إلى آخره عائد إلى ما ذكره ، وهو التفريع على القولين ، فلما اختصره في «الوسيط» توهم أنه عائد إلى القول الثانى لكونه أقرب وصرح به غير ناظر إلى آخر كلامه وهو من قوله فعلى هذا القول إلى آخره ظانًا أنه زيادة - إيضاح - فوقع الخلل ثم ذكر مثله أيضًا في «الوجيز» فإنه قال : وإن قضينا بالفساد رجعت كل واحدة إلى مهر المثل :على قول ، وإلى قيمة ما يقتضيه التوزيع على قول لأن هذا مجهول يمكن معرفته بخلاف ما لو أصدقها مجهولاً لا يمكن معرفته فإنه يتعين مهر المثل . هذا لفظ «الوجيز» ، وعبارة «الوسيط» نحوه أيضًا فتبعه الرافعي حالة شرحه ، ثم النووي عند اختصاره

---

(١) في جـ : القطع .

فوقعـا في غلط صريح ، فلله الحمد والمنة على الإلهـام لها والوقوف على أسبابها .

قوله : فإذا أذن لعبده في أن ينكح امرأة ويجعل نفسه صداقًا لا يصح الصداق لأنه لو صح لملكت زوجها وينفسخ النكاح ويرتفع الصداق ولا يصح النكاح أيضًا لأنه اقترن به ما يضاده فكان كشرط الطلاق ، ثم قال: ومن الأئمة من قال على سبيل الاحتمال يجوز أن يقال يصح النكاح ويفسد الصداق . انتهى كلامه .

وهذا الاحتمال الذى نقله عن بعض الأئمة ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لا صائر إليه من الأصحاب ، وهذا الاحتمال قد جزم به صاحب «الشامل» ذكره في آخر باب الشغار ، وقد نبه في «الروضة» على ذلك ، ونقله أيضًا صاحب «التتمة» عن بعض أصحابنا العراقيين .

قوله : فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة لم يصح النكاح لأن ما يجعله صداقًا يدخل في ملك الابن أولاً ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه عتقت عليه وامتنع انتقالها إلى المرأة صداقًا فيصح النكاح ويفسد الصداق ، وإذا فسد الصداق جاء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أو قيمتها ، هذا ما ذكروه في هذه الصورة ، لكن ذكرنا خلافًا في ما إذا أصدق الأب عن الصغير من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلق قبل الدخول أن نصف المهر يرجع إلى الابن أو الأب ؟ فمن قال يرجع إلى الأب فقد تنازع في قولنا لا يدخل الصداق في ملكها حتى يدخل في ملك الابن . انتهى.

وما ادعاه من أن المنقول للأصحاب هو البطلان ، وأنه قد ينازع فيه منازع مستندًا إلى الأصل الذي ذكره ، تابعه عليه وليس كما قالاه فقد صرح القاضي الحسين في «فتاويه» بأن في صحة الصداق والحالة هذه وجهين ، وبناهما على المسألة التي حاول الرافعي البناء عليها ، وذلك في الحقيقة دال على علو قدره رحمه الله .

قوله : وإذ قبل النكاح لابنه الصغير أو المجنون بمهر المثل أو دونه أو بعين مال من أمواله هي قدر مهر المثل أو دونه صح، وإن قبله بأكثر من مهر المثل فالصداق فاسد ، ثم قال : وإذا فسد وجب مهر المثل ، وفى ما إذا أصدقها عينًا وجه أنه يصح التسمية في قدر مهر المثل . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هاهنا من تصحيح بطلان الكل دون الزائد قد رجح قبل ذلك في باب المولى عليه في الكلام على السفيه عكسه وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه ، غير أنه تكلم هنا في ما إذا كان المحجور عليه صغيرًا أو مجنونًا وفرضها في ذلك الموضع في السفيه ، ولا أثر لهذا قطعًا وقد سوى بينهما صاحب «التنبيه» في أوائل هذا الباب ، وحكم ببطلان الزائد فقط وأقره النووى فلم ينبه عليه في تصحيحه ووقع الموضعات في «الشرح الصغير» و «الروضة» كما وقعا في «الكبير» ، وأما «المحرر» فكلامه هنا ككلام «الشرحين» ، وكلامه في السفيه محتمل فإنه حكم بوجوب مهر المثل ، ولم يصرح هل هو من المسمى أو من غيره ؟ وتبعه عليه في «المنهاج» ، واعلم أنا إذا أبطلنا الزائد فقط فينبغى أن يجرى في الباقى قولا تفريق الصفقة ولم يخرجوه عليه .

الأمر الثاني : أنه قد تقدم في باب المولى عليه في الكلام على السفيه أن الولي إذا أطلق الإذن صح ، ويتزوج امرأة بمهر مثلها ، لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ففي صحة النكاح وجهان اختيار الإمام ، وبه قطع الغزالي أنه لا يصح بل يتقيد بموافقة المصلحة واختاره صاحب «الحاوي الصغير» وقياس ما ذكره هناك في السفيه أن يأتى مثله في الصغير والمجنون .

قوله : ولو أصدق عن أبيه من مال نفسه أكثر من مهر المثل فقد أورد

الإمام فيه احتمالين أحدهما أنه يفسد المسمى وهو كما لو أصدق من مال الابن وذلك لأن ما يجعله صداقًا يدخل في ملك الابن وإذا دخل في ملكه لم يمكن التبرع به .

والثاني : أنه يصح وتستحق المرأة المسمى لأن المجعول صداقًا لم يكن ملكًا للابن حتى يفوت عليه ، وإنما يحصل في ضمن تبرع الأب فلو لم يصح لفات على الإبن ، ولزم مهر المثل في ماله ، وهذا ما أورده صاحب الكتاب وصاحب « التهذيب » ، وفي « التتمة » و«أمالي » أبي الفرج ترجيح الاحتمال الأول، وأيد ذلك بأن الصبى لو لزمته كفارة القتل فأعتق الولى عنه عبدًا لنفسه لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه واعتاق عبد الطفل لا يجوز ويؤيده أيضًا ما إذا قبل له نكاح امرأة وجعل [أمه] (١) صداقها على ما قدمنا . انتهى كلامه .

عبر في «الروضة» عن قول الرافعي وأيد ذلك بقوله قال المتولي : وتتأيد ، وهذه المسألة التي نقلها عن المتولي وهى إعتاق الولي عن الكفارة التي لزمت الصبي قد ذكرها الرافعي في ثلاثة مواضع : أحدها : في هذا الموضع ، والثاني : في كفارة الظهار لكنه لم يصرح بالعتق عن الكفارة ، بل ذكر ما يؤخذ منه الجواز في الكفارة بطريق الأولى ، والثالث : في كفارة القتل وجزم فيها بالجواز كما سأذكره في موضعه ، ولم يذكر هنا ما يستدل به من المنع الموهم أنه متفق عليه وبالجملة فهذا النقل عن المتولي غير محقق وذلك لأن المتولي قد جزم في كتاب كفارة القتل بالجواز فقال : إن كان للقاتل مال اشترى الولى مملوكًا فيعتق عنه كما يخرج الزكاة والفطرة من ماله . هذا كلامه هناك ، وقال هنا ما نصه : فالمذهب فساد التسمية لأن المسمى يدخل في ملك الصبي أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة فيكون كما لو وهب ماله لولده ثم جعله صداقًا لامرأته ، وكما لو أعتق الأب عنه

---

(١) سقط من أ ، ب .

عبدًا لنفسه لأن العبد يدخل في ملك الطفل أولاً ، ثم يعتق ولا يجوز للولى عتق عبد الطفل ، ويخالف فيما لو أعتق الوارث عن كفارة الميت عبدًا لأن الميت لا ملك له في الحال ولا له حالة منتظرة يكون فيها أهلاً للملك والعتق ، وأما الصبي فمن أهل الملك في الحال ويصير من أهل العتق في تأتي الحال هذا كلامه ، وليس بصريح فإن إعتاق الولي إنما هو عن الكفارة ، بل ولا قرينة ظاهرة ولا خفية تدل عليه وإنما مراد المتولي عتق التبرع ولهذا قرنه بصورة الهبة ، وإنما ذكر الكفارة عن الميت لأن الولي له (ولاية) تمليك الطفل سواء تعلق به سبب وجوب أم لا بخلاف الوارث ولو كان في كلام المتولي ما يوهم ذلك لوجب تأويله لأمرين أحدهما : للجمع بين كلامه وعدم وقوعه في التناقض، والثاني : ليوافق منقول المذهب ، ثم راجعت كلام السرخسى في «الأمالي» فلم أره ذكر الاستشهاد بالكلية فينبغى قراءة قول الرافعى وأيد على البناء للمفعول .

قوله : إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك فعن الشافعى أنه قال في موضع : أن المهر مهر السر ، وفي موضع آخر : أن المهر مهر العلانية وفيها طريقان : أصحهما تنزيل النصين على حالين فحيث قال المهر مهر السر أراد ما إذا عقد سرًا ثم عقد جهرًا ، وحيث قال : إنه مهر العلانية أراد ما إذا اتفقوا على ألف ثم عقدوا في العلانية بألفين ، والطريق الثاني : قولان واختلفوا فقيل محلهما ما إذا اصطلحوا على التعبير عن الألف بالألفين ، وقيل يجريان مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين، وإن لم يتعرضوا لتغير اللغة ، إذا علمت هذا كله فقد قال بعده : ثم ما المعنى بما أطلقناه من الطريقين من الاتفاق في السر أهو مجرد التراضي والتواعد ، أم المراد ما إذا جرى العقد فى السر بألف ، ثم عقدوا بألفين في العلانية ؟ ، منهم من يشعر كلامه بالأول وقضية لفظ «التهذيب» وغيره إثبات القولين ، وإن جرى العقد . انتهى كلامه .

وما ذكره من جـريان الخلاف في ما إذا تقدم عقد الســر تابعه عليه في «الروضة» وهو لا يتصور لأنه إذا سبق فقد انعـقد بألف بمقتضى التسمية ، والثاني فاسد جزمًا فلا تصح التسمية التى فيه بطريق الأولى .

نعم يمكن جريان الخـلاف إذا سبق عقـد العلانية ، فـهل ينظر إلى ما سمى في العـقد السابق فيلزم الألفــان أم إلى ما شرطناه فـيلزم المسمى في عقد السر وهو الألف ؟ فيه الخلاف .

قوله : ولو قالت : زوجني بألف ، فـزوجها الولي أو وكيله بخمـسمائة لم يصح النكاح ، وألحق البغوي بهذه الصورة مـا إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقًا ، وقيل فى صحة النكاح في صوره الولي قولان . انتهى .

ثم ذكر الرافعى صـوراً أخرى فاعترض عليـه النووي فقال : قلت هذا المذكور جـميعه هـو طريقة الخراسانيـين ، وأما العراقيـون فقطعوا بصـحة النكاح في كل هذه المسائل ، ثم نقل عن صاحب «البيـان» ما يوافق مقالته أعني [مـقـالة] (١) النووي ، إذا علمت ذلك فكلامه أعني النـووي يشعر بالصحة في الجميع لأن نقل العراقيين مـقدم على نقل الخراسانيين لا سيما والعراقيون قاطعون وغيرهم متردد .

فاجـتمع قطع العراقـيين وبعض الخرسانيين لكن قـد قطع الرافعي في البـاب الرابع المعقـود لبيـان الأولياء بالبطلان في نظيـر ذلك وتابعه علـيه النووي ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك والوعد بذكر هذا .

قـوله : ولو قالت لوكـيل الولى زوجنى مطلقًـا ، ولم تتعـرض للمهـر فزوجهـا الوكيل بما دون مهر المثل فـفي فساد النكاح طريقان نقلهـما الإمام وغيره ، أظهرهما عنده وعند صاحب «الكتاب» القطع بالفساد ، والثاني أنه على قولين انتهى .

(١) سقط من أ .

ذكر مثله في «الشرح الصغير » ومقتضاه رجحان الفساد ، ولهذا صححه في أصل «الروضة» ، لكن صحح الرافعي في ما إذا وكلت المرأة في الخلع وأطلقت فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل أنه يقع ثانيًا بمهر المثل والمسألتان في المعنى على حد واحد ، لكن ذكر النووي من زياداته أن البطلان طريقة الخراسانيين قال: وأما العراقيون فقطعوا بالصحة في هذه المسألة وفي غيرها مما ذكره الرافعي في هذا الفصل .

قوله : ولو أنها أذنت للولي في التزويج مطلقًا فزوج بما دون مهر المثل فيفسد النكاح ، أو يصح ويجب مهر المثل ؟ ، فيه قولان كما سبق ، وكذا لو زوجها بلا مهر وفيه طريق آخر أنه يقطع بالفساد كما في الوكيل. انتهى لفظه بحروفه .

وليس فيه تصريح ببيان القولين المشبه بهما ولأجل ذلك اضطرب كلام «المحرر» و«الشرح الصغير» و«الروضة» ، فأما «المحرر» فحكى قولين ، وصحح البطلان فقال: ولو قالت المرأة زوجنى بكذا فزوجها الولى بأقل منه لم يصح النكاح ، ولو أطلقت فنقص عن مهر المثل فيبطل أو يصح ويجب مهر المثل ؟ فيه قولان أظهرهما : الأول.

وأما في «الشرح الصغير» فقد سوى هذه المسألة وهى إذنها لوليها بإذنها لوكيلها ، وحكى فيهما معًا الطريقين المتقدمين في المسألة السابقة ، وهو يقتضي أن الراجح طريقة القطع بالبطلان .

وأما «الروضة» فإنه حكى قولين وصحح الصحة فقال: ولو أذنت للولي في التزويج مطلقًا فزوج بدون مهر المثل أو بلا مهر فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس أظهرهما الصحة ، وقيل يفسد قطعًا كالوكيل . انتهى.

والقولان السابقان هما في ما إذا زوج بنته المجنونة أو البكر الصغيرة أو

الكبـيرة بغـيـر إذنها بأقل من مـهـر المثل ، والأصح منهـما في الرافـعي و«الروضة» هو الصـحة ، والذي قاله النووي أقـرب إلى اللفظ وأوجه في المعنى ، أما الأول فلأنه لم يتـقدم في شيء من مسائل هذا السـبب جعلها على قولين ، وإنما تقدم ذكرهما في حكاية طريقة مرجوحة ، وأما الثاني: فلأن إذنها عند الإطلاق جوز له الإقدام على نكاحها بمهر المثل كما جوز له ذلك جنونها وبكارتها ، فإذا لم يفـسد النكاح في المجنونة والبكر لم يفسد في الأذنة فـثبت بهـذا كله أن الظاهر الذى أراده الرافـعي هو مـا تفطن له النووي وكـأنه غـاب عن الرافعي ذلـك حالة تصنيـف «المحرر» و«الشـرح الصغير» لطول العهد به فذكر مـا ذكر وقد استدرك في «المنهاج» على كلام «المحرر» وصححوا الصحة .

قولـه : ولو قالت للولي أو للوكـيل : زوجني بما شـاء الخاطب ، فـقال المأذون للخاطب : زوجتكهـا بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخـاطب فقد زوجـها مـجـهـول فيـصح النكاح ويجب مـهـر المثل ، وإن عـرف ما شـاء فوجهان:

أظهرهما : صحة الصداق لإحاطتها بالمقصود .

والثاني وبه قال القاضي الحسين : لا يصح ، ويرجع إلى مهر المثل لخلل اللفظ وإبهامه ، ويجوز أن يرجع الخـلاف إلى أن العبرة باللفظ أو بالمعنى . انتهى .

وما ذكره من أن الخلاف بين المعنى وغيره محله في ما إذا قال الولي : زوجتكها بما شئت ، وهما يعلمانه قـد تبعه عليه في «الروضة» أيضًا وليس كذلك كما دل عليه كلام «النهاية» في كتـاب الصداق قبيل باب تفسير مهر المثل بدون صفحة فقال مـا نصه : ولو قالت لوليها زوجنى بما شئت ، أو بما شاء الخاطب ، فإن جرى العقد على هذه الصفة فقال الولي : زوجـت

فلانة منك أيها الخاطب بما شئت ، فهذا نكاح معقود بمهر مجهول، ولو وقف الولى على المبلغ الذى شاءه الخاطب ثم أنشأ العقد به فيجب القطع بصحة التسمية ، وذكر عن القاضى أن هذا مجهول ويعلق بأن لفظ الإذن على صيغة الجهالة ، وهذا وهم عظيم فإنها فوضت إلى الولي أن يعقد بما يقدره الخاطب ، وليس من غرضها أن تعاد صيغة لفظها في العقد هذا لفظ الإمام ، ثم ذكر أن الولى لو صرح بقوله زوجتكها بما شئت ففي صحة النكاح احتمال لمخالفته موجب إذنها ، وإذا علمت جميع ما قاله الإمام وتعليله بفساد الإذن مع ما ذكره في آخر كلامه علمت أن كلام القاضي إما شامل لقول العاقد زوجتك بما شئت ، ولتصريحه أيضًا بالمقدار الذي شاءه الخاطب كالألف والألفين فإنه قد علل بفساد الإذن ، وإما أن يكون خاصًا بالقسم الثاني وهو حالة التصريح لقرينة ما نقلناه عنه في آخر كلامه فتفطن لذلك ، ولا شك أن تعيين الإمام في كلامه السابق بقوله : ثم إنشاء العقد به هل الضمير في قوله به عائد إلى قوله بما شئت ، أو عائد على المبلغ الذى شاءه ؟ فالذي فهمه الرافعي هو الأول ، والتعليل والكلام الأخير لا يساعد أنه عليه .

قوله : ولو جاء رجل وقال أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا فصدقه الولي والمرأة وجرى النكاح وضمن الوكيل الصداق، ثم إن فلانًا أنكره وصدقناه باليمين فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان أحدهما : لا لأن مطالبة الأصيل سقطت والضامن فرعه .

وأصحهما : ويحكى عن نصه في «الإملاء» أنه يطالب بنصف الصداق لأنه ثابت عليهما بزعمه فصار كما لو قال : لزيد على عمرو كذا وأنا ضامن به فأنكر عمرو ، ويجوز لزيد مطالبة الضامن . انتهى .

وهذا الأصل المقيس عليه هذا الفرع حكمه حكم الفرع المذكور ، والخلاف كالخلاف الذي في الأصل ، وقد ذكر الرافعي ذلك في باب الإقرار بالنسب وتبعه عليه أيضًا في «الروضة» فحكى فيه وجهين وعبر بالأصح كما في مسألتنا .

* * *

الباب الثالث
في المفوضة

قوله : ولو قالت البالغة المالكة لأمرها زوجني وسكتت عن المهر فالذي ذكره الإمام وغيره أن ذلك ليس بتفويض لأن النكاح يعقد بمهر في الغالب فيحتمل الإذن على الغالب ، وكأنها قالت زوجني بالمهر ، ويوافقه بعض ما تقدم ، وفي كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضًا ثم قال ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتكها بلا مهر ، وألحقوا به ما إذا سكت عن المهر ، وقد تقوى بهذا ما ذكره العراقيون . انتهى كلامه .

وقد ظهر لك منه أنه ليس فيه تصريح بترجيح أحد المقالتين ، وكلامه في «المحرر» يقتضي أنه ليس بتفويض لا في السيد ولا في المرأة ، وقد صرح بتصحيحه في «الشرح الصغير» فقال: فإن قالت زوجني وسكتت عن المهر فالظاهر أنه ليس بتفويض ، وقيل هو تفويض ، وذكر النووي في «الروضة » و«المنهاج» كما في «الشرح» و«المحرر» إلا أنه عبر بقوله ، وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضًا ،وهذه العبارة يؤخذ منها ترجيح الأول ما لا يوجد من كلام الرافعي ، إذا علمت ذلك فاعلم أن الصواب المفتي به في المسألتين جميعًا أنه تفويض فقد نص عليه الشافعي في «الأم» فقال في باب التفويض ما نصه : قال الشافعي : التفويض الذي إذا عقد الزوج النكاح به عرف أنه تفويض في النكاح أن يزوج الرجل المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ولا يسمى لها مهرًا ، أو يقول لها تزوجتك بغير مهر ، فالنكاح في هذا ثابت فإن أصابها فلها مهر مثلها ، وإن لم يصيبها حتى طلقها فلها المتعة ولا نصف مهر لها ، وكذلك أن يقول أتزوجك ولك علي مائة دينار هذا لفظه بحروفه ، ولم يذكر الرافعي المسألة

الأخيرة ، وذكر أيضًا بعده في الباب مثله فقال ما نصه : قال الشافعي ولسيد الأمة في تزويج الرجل بغير مهر مثل المرأة البالغ في نفسها إذا زوجها بغير أن يسمى مهرًا أو زوجها على أن لا مهر لها فطلقها الزوج قبل المسيس فلها المتعة وليس لها نصف مهر هذا لفظه، وهي نصوص قاطعة في المسألتين لم يطلعا عليها ، واقتصرا على ما وجداه من كلام متأخري الأصحاب ورجحا منه ما ظهر لهما ترجيحه لاسيما في «الروضة» كما تقدم ، وهذا الكلام وأمثاله منهما يحمل من وقف عليه ممن لا اطلاع لديه على الإفتاء والحكم به فاحذره .

قوله في «الروضة» في المسألة : ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة زوجتها بلا مهر أو زوجها ساكتا عن المهر . انتهى.

وتعبيره بقوله أو زوجها هو فعل ماض لا أمر فاعلمه ، وأما تعبيره قبل ذلك بقوله زوجتها أي بالتاء كما ذكرناه فهو كذلك في بعض [النسخ وزاده في «المنهاج» إيضاحا فعبر بقوله زوجتكها أي بزيادة الكاف ، لكن في بعض] (١) نسخ الرافعي زوجها على أنه فعل أمر لغيره ، وكلام ابن الرفعة في «المطلب » يقتضي أن الأمر بدون التصريح بالمهر لا يكون تفويضًا إذ المأمور يقوم به غالبًا بخلاف قول السيد زوجتكها .

قوله : وإذا وطئت المفوضة وجب المهر وهل الاعتبار بحالة العقد أم بحالة الوطء ؟ فيه وجهان أو قولان : أصحهما على ما ذكره الروياني ، وهو الذي أورده ابن الصباغ الأول ، وقضية القول باعتبار حالة العقد إيجاب مهر ذلك اليوم سواء كان أقل أو أكثر ، لكن ذكر المعتبرون أنه إن كان أقل لم يقتصر عليه ، بل يلزمه أكثر قيمة من يوم القبض إلى الإتلاف . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

---

(١) سقط من جـ .

أحدهما : أن ما ذكره من التردد في أنه وجهان أو قولان تابعه عليه في « الشرح الصغير » و « الروضة » ، والراجح أنه وجهان فقد جزم به الرافعي في « المحرر» فقال : والاعتبار فيه بحالة العقد في أصح الوجهين، وتابعه عليه في « المنهاج » .

الثاني : أن ما نقله عن المعتبرين من اعتبار الأكثر قد خالفه في العتق في الكلام على السراية إلى نصيب الشريك مخالفة عجيبة فإنه نقل عن الأكثرين ما حاصله أنهم لم يعتبروا الأكثر ، بل جعلوا الاعتبار بحالة العقد ، وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه وذكر نحوه هنا من « المحرر » و«الشرح الصغير » وقد وقع هذا الاختلاف أيضًا بين « الروضة » و«المنهاج»، فقال في « الروضة » ما نصه : وهل تعتبر حالة الوطء أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء وجهان أو قولان أظهرهما : الثاني : وقال في « المنهاج » : لم يحكه في « الروضة » بالكلية فضلاً عن تصحيحه .

قوله : ولو مات أحد الزوجين قبل المسيس وقبل أن يفرض لها مهر ، فهل يجب مهر المثل ؟ روي أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق ، وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها بمهر نسائها وبميراثها [1] ، لكن في رواته اضطراب ، فقيل : رواه معقل بن سنان ، وقيل : ابن يسار ، وقيل : رجل

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١١٤) و (٢١١٦) والترمذي (١١٤٥) والنسائي (٣٣٥٤) وابن ماجة (١٨٩١) وأحمد (٤٢٧٦) والدارمي (٢٢٤٦) وابن حبان (٤٠٩٨) والحاكم (٢٧٣٧) والطيالسي (١٢٧٣) والطبراني في « الكبير » (٢٠/ ٢٣١) حديث (٥٤٢) و « الأوسط » (٢١٠٧) وسعيد بن منصور (٩٢٩) وعبد الرزاق (١٠٨٩٩) وابن أبي شيبة (٣/ ٥٥٥) والبيهقي في « الكبرى » (١٤١٨٨) وابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (١٢٩٦) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وقال الألباني : صحيح .

من أشجع ، أو ناس من أشجع ، فظهر لذلك تردد في كلام الشافعي ، وللأصحاب طرق :

أحدها : أنه إن ثبت الحديث وجب المهر ، وإلا فقولان .

والثاني : إن لم يثبت الحديث لم يجب ، وإن ثبت فقولان .

والثالث : إن ثبت وجب ، وإلا فلا وهو ظاهر لفظ « المختصر » .

وأشبهها : إطلاق قولين في المسألة . انتهى كلامه .

وما ذكره بحثًا من ترجيح طريقة القولين مطلقًا تبعه في « الروضة » عليه ، وعبر بالأصح عوضًا عن الأشبه ، وهذا الترجيح خلاف ما نص عليه الشافعي ، فإنه نص في « الأم » على أنه إن ثبت الحديث وجب وإلا فلا على وفق الطريقة الثالثة فقال في هذا الباب ما نصه : قال الشافعي : وقد روي عن النبي ﷺ بأبي هو وأمي أنه قضى في بروع بنت واشق ، ونكحت بغير مهر فمات زوجها فقضى لها بمهر نسائها ، وقضى لها بالميراث [1] ، فإن كان ثبت عن النبي ﷺ فهو أولى الأمور بنا ولا حجة في قول أحد دون النبي ﷺ وإن كثروا ، ولا قياس ولا شيء في قوله إلا طاعة لله تعالى بالتسليم ؛ وإن كان لا يثبت لم يكن لأحد أن يثبت عنه ما لا يثبت ، ولم أحفظه بعد من وجه يثبت مثله وهو مرة يقال : عن معقل بن يسار ، ومرة عن معقل بن سنان ، ومرة عن بعض أشجع لا يسمى فإن لم يثبت ، فإذا مات أو ماتت فلا مهر لها هذا لفظه بحروفه .

واعلم أن بروع بباء موحدة مكسورة ثم راء مهملة ساكنة ثم واو مفتوحة ، ثم عين مهملة وأبوها واشق بالشين المعجمة المكسورة وبالقاف ، وهي كلابية وقيل أشجعية وكانت امرأة هلال بن مرة ، وخالف الجوهري فقال أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء والصواب الفتح لأنه ليس في

---

(١) تقدم .

الكلام فعول إلا خروع بكسر المعجمة اسم للشجر المعروف وعتود بكسر العين المهملة وبالتاء المثناة اسم واد ، وذكر صاحب «المحكم» نحوه ، وقد ذكر النووي في « تهذيبه » هذا كله ثم حكي عن القلعي فيها أي في بروع ضبطًا آخر نسبه فيه إلى التصحيح ، والحديث المذكور رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وصححه ابن حبان والحاكم وابن حزم والبيهقي وغيرهم .

قوله : وهل لها الحبس بتسليم المفروض حكى الإمام عن الأصحاب وهو الذي أورده صاحب « الكتاب » المنع .

وقال الروياني : ظاهر المذهب أن لها ذلك وهو الجواب في «التهذيب». انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي في « الروضة » قد عبر عن قول الرافعي وهو الذي أورده صاحب الكتاب بقوله وبه قطع الغزالي وليس الأمر كما قاله فقد حكى الغزالي في « البسيط » و « الوسيط » فيه وجهين وزاد على ذلك فقال : إن هذا الوجه متجه وإذا تأملت ذلك قضيت عجبًا من نقله القطع بالشيء عن شخص هو مرجح خلافه خصوصًا الغزالي وشهرته والخلاف في مثل « الوسيط » .

الأمر الثاني : أن الأصح هو الوجه الثاني كذا صححه الرافعي في «المحرر » وعبر بالأظهر ، وقال في « الروضة » من زوائده : إنه الأصح ، ولم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » .

قوله : في « الروضة » : فإن منعنا أي الإبراء عن المجهول فذلك في ما زاد عن المتيقن وفي ما استيقنه وجهان من تفريق الصفقة . انتهى .

ومقتضاه تصحيح الصحة لأن الأصح التفريق ،لكن سبق في أوائل

الضمان ما يقتضي مخالفة هذا فراجعه ، وعبر الرافعي هنا بقوله : ويقال هما مأخوذان من تفريق الصفقة فضعف الاعتراض عليه .

قوله : فرع في « التتمة » : لو نكح ذمي ذمية على أن لا مهر لها وترافعا إلينا حكمنا بحكمنا في المسلمين ، وقال أبو حنيفة : إن اعتقدوا أن النكاح لا يخلو عن المهر فكذلك ، وإن جوزوا خلوه عن المهر فلا مهر لها انتهى كلامه .

وقد ذكر في أثناء نكاح المشركات ما يشكل على هذا فقال : فرع لو نكح الكافر على صورة التفويض ، وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال ، ثم أسلموا فلا مهر وإن كان الإسلام قبل المسيس لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر . انتهى كلامه .

وهو غريب فإنا إذا قلنا بالوجوب في ما إذا لم يسلما مع أنهما يعتقدان عدم الوجوب ، ولم ينتهيا إلى حالة يتغير اعتقادهما فيها ، فكيف يستقيم معه أن يقال بعدم الوجوب إذا أسلما مع أنهما قد انتهيا إلى حالة يعتقدان فيها الوجوب لو أوقعا فيها عقدًا جديدًا ، وقد اختصر النووي الموضعين على ما هما عليه ، وزاد على ذلك فلم ينقل الموضع المذكور هنا عن صاحب « التتمة » كما نقله عنه الرافعي بل أطلق ذلك .

قوله : الثانية : إذا وطء مرارًا بشبهة واحدة أو في نكاح فاسد لم يجب إلا مهر واحد كما أن الوطآت في النكاح الصحيح لا تقتضي إلا مهر واحد. انتهى .

وهذا القياس الذي استند إليه عجيب لأن الوطآت الواردة في النكاح استيفاء لحق سبق بعقد واقع على مسمى معين ، وأما في مسألتنا فإنه وطء وطءً في غير ملك ، وكل وطأة صدرت منه ، فإنها انتفاع غير الانتفاع الأول والشبهة لا تؤثر في دفع الغرامات إنما أثرها في دفع العقوبة، وأيضًا

فالموجب في مسألتنا إنما هو الوطء لأنه لا عقد فالوطء الأول لا يمكن تأخير الوجوب عنه .

والثاني : لابد أن يترتب عليه أثر .

قوله : ولو وطء الأب جارية الابن مرارًا من غير إحبال فقد أطلق في الكتاب ، وجهين أشبههما أنه لا يجب إلا مهر واحد لأن الشبهة وهي وجوب الإعفاف واحدة ، وخصص في « التهذيب » الوجهين بما إذا اتحد المجلس وحكم بالتكرار عند اختلاف ووطء أحد الشريكين الجارية المشتركة، ووطىء السيد المكاتبة مرارًا كوطء جارية الابن . انتهى كلامه .

وهذا الذي قاله في المكاتبة من وجوب مهر واحد ، وتبعه عليه في «الروضة » ليس على إطلاقه ، بل له شرط ذكره الشافعي في « الأم » في باب مال المكاتبة وقال في ما إذا وطىء السيد مكاتبته فحملت منه أنها تخير بين أخذ المهر ويكون على المكاتبة وبين أن تعجز نفسها فتكون أم ولد ولا مهر لها لانفساخ الكتابة ، ثم قال ما نصه : فإن أصابها مرة أو مرارًا فلها مهر واحد إلا أن تخير فتختار الصداق ، أو العجز فإن خيرت فعاد فأصابها السيد فلها صداق آخر ، ثم قال ما نصه : وكلما خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها فلها صداق كنكاح المرأة نكاحًا فاسدًا يوجب مهرًا واحدا فإذا فرق بينهما وقضى الصداق ثم نكحها نكاحًا آخر فلها صداق آخر . انتهى كلامه .

وهي فائدة مهمة ، ويؤخذ منها ترجيح تعدد المهر في جارية الابن على خلاف ما رجحه الرافعي بحثًا .

الباب الرابع في التشطير
وفيه فصول
الأول : في محله وحكمه

قوله : وينشطر المهر بكل فرقة حصلت قبل الدخول لا بسبب من جهة المرأة كما إذا أسلم الرجل أو ارتد ، أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، وأم الزوج أو ابنة [الزوج] (١) وهي صغيرة أو وطئها ابن الزوج أو أبوه بشبهة وهي تظنه زوجًا لها . انتهى كلامه .

فيه أمران تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن كلامه يقتضي أن بنت الزوجة ليست في هذا كبنت الزوج لأنه لما مثل بارتضاع الزوج اقتصر على ما إذا كان المرضع له أم الزوج ، ولما مثل بارتضاع الزوجة لم يقتصر على أم الزوج ، بل صوره بها وبابنتها فتأمله وليس الأمر في ذلك كما اقتضاه كلامه من إخراج بنت الزوجة لأن البنت المذكورة إذا أرضعت الزوج صارت الزوجة جدته فحصلت الفرقة بالرضاع فتشطر المهر فالصواب أن يقول أو أرضعت أم أحدهما أو بنته الآخر وهو ضعيف .

الأمر الثاني : أن تقييده وطء الأب والابن بما إذا كانت الموطوءة ظانة للزوجية لا يظهر صحته لأن ظنها مؤثر في إيجاب المهر على الموطئ حتى إذا علمت كانت زانية لا مهر لها على الوطء ، وأما المهر الثالث فلا يختلف فيه الحال بين حصول الاشتباه .

قوله : فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها بأن أسلمت أو ارتدت أو فسخت النكاح بعتق أو عيب أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة أو فسخ النكاح بعينها فيسقط جميع المهر . انتهى .

---

(١) في جـ : الزوجة .

ذكر مثله في « الروضة » ولا فرق في إسلامها بين أن يكون بالمباشرة أو بالتبعية كما صرح به الرافعي في باب المتعة فقال : لو زوج الذمي ابنته الصغيرة من ذمي ثم أسلم أحد أبويها وارتفع النكاح لحكمنا بإسلامها فلا متعة لها كما لو أسلمت بنفسها هذا كلامه فينبغي أن يتفطن له ، وينبغي أن يجب على مباشر الإسلام مهر المثل لأنه أفسد نكاح غيره بإسلامه ، وإن كان واجبًا عليه كما في نظيره من الرضاع الواجب ، واعلم أن الرافعي حكى في باب نكاح المشرك طريقة حاكية للقولين في استحقاقها نصف المهر إذا أسلمت الزوجة لأنها محسنة بإسلامها .

قوله : وشراء الزوج زوجته يوجب التشطير على الأصح . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يبين في «الشرحين» هنا هذا الخلاف وجهان أو قولان، وقد نبه فيهما في الكلام على نكاح العبد وهو قبيل كتاب الصداق فقال : إن الخلاف قولان وحكى هناك طريقة أخرى قاطعة بالتشطير ،وقد عبر النووي في « الروضة » هنا بالأصح مع ما عرف من اصطلاحه أن الأصح من الوجهين فلزم أن يكون هذا الخلاف وجهين ، وليس كذلك وكأنه أشكل عليه الأمر لعدم تبين الرافعي له هنا ، وعدم إستحضاره لما هناك فترك العبارة على ما هي عليه فلزم منه الخلل .

الأمر الثاني : أن الرافعي صحح في هذه المسألة عدم وجوب المتعة كما ستعرفه مع أن الضابط في وجوبها وفي التشطير كون الفرقة منسوبة إلى الزوج فقد يذهب الواقف على هذا الكلام إلى الاختلاف في كلامه ، ويقول إن كانت الفرقة منسوبة إليها فلا يحصل التشطير كما لا تجب المتعة، وإن كانت منسوبة إليه فينبغي إيجابها ، ويؤيده أن الشيخ أبا إسحاق قد اختار في « التنبيه » عدم وجوبهما وارتضاه النووي ولم ينبه عليه في

تصحيحه لكن فرق الرافعي بينهما في الكلام على نكاح العبد فقال : والفرق بين المسمى والمتعة أن المسمى وجب بالعقد والعقد جرى في ملك البائع فإذا ملكها الزوج كان له التشطير والمتعة إنما تجب بالفراق والفراق قد حصل في ملك الزوج فكيف يوجب له على نفسه المتعة ؟، وكذلك قلنا إنه لو باعها من أجنبي ثم طلقها الزوج قبل المسيس يكون نصف المهر للبائع ؛ ولو كانت مفوضة تكون المتعة للمشتري هذا لفظه في الفرق إلا أنه في « الشرح الصغير » و « المحرر » لم يستثن شيئًا من الضابط المذكور في المتعة .

قوله : وإذا تغير الصداق بعد الطلاق من غير تعد منها ، وقلنا : إنه يملك النصف بالطلاق ، فظاهر النص أنها تغرم أرش النقص إذا نقص وجميع البدل إذا تلف وبهذا أجاب العراقيون ، وتابعهم الروياني ، وفي « الأم » نص يشعر بأنه لا ضمان عليها وبه أجاب المراوزة . انتهى .

لم يصرح في « الروضة » أيضًا بتصحيح والراجح هو الأول كذا رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » وعَبَّر بالظاهر .

قوله : في المسألة : وإن قلنا بالأول فقال الزوج حدث النقصان بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت بل قبله ، فهل القول قولها لأن الأصل براءة الذمة ؟ ، أو قوله لأن الأصل عدم النقصان حينئذ؟ فيه وجهان في «التتمة» والأول هو الذي أورده الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . انتهى .

والأصح هو الأول كذا صححه النووي في « الروضة » .

الفصل الثاني
في التغيرات قبل الطلاق

قوله : الأول نقصان الصفة إذا حدث في يدها كالتعييب بالعمى والعور ونسيان الصنعة فالزوج بالخيار إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليمًا ، وإن شاء قنع بنصف الناقص ولا أرش له كما إذا تعيب المبيع في يد البائع يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، وبين أن يقنع بالمعيب ولا أرش له هذا ما يوجد للأصحاب في المسألة ، قال الإمام : ويحتمل أن يقال عليها الأرش لأنه لو تلف في يدها لرجع الزوج إلى نصف القيمة ، ثم قال : وأقام صاحب الكتاب هاهنا وفي « الوسيط » هذا الاحتمال وجهًا . انتهى كلامه .

فيه أمران تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن الرجوع إلى نصف قيمة السلم محله إذا كان الصداق متقومًا ، فإن كان مثليًا رجع إلى نصف مثله كما ذكروه في تلف جميعه ، وقد صرح به ابن الصباغ وغيره وجزم به ابن الرفعة في « المطلب » .

الأمر الثاني : أن إنكاره لهذا الوجه الذي حكاه الغزالي في « الوجيز » و « الوسيط » ودعواه أنه احتمال للإمام أقامه وجهًا ليس كذلك ، بل هو وجه نقله الغزالي في « البسيط » عن سماعه من الإمام فقال : سمعت الإمام في الدرس يقول : من أصحابنا من ذكر وجهًا في الصداق من مسألة الفسخ أنه يطالب بالأرش هذا لفظه .

قوله : ولو أصدقها عبدين وقبضهما فتلف أحدهما في يده ، ثم طلقها قبل الدخول ، قال في « التهذيب » : فيه قولان أصحهما : أن الزوج يرجع إلى نصف الباقي ، ونصف قيمة التالف .

والثاني: يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما . انتهى .

والذي صححه في « التهذيب » هو الصحيح كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » ، وعبرا جميعًا بالأصح .

قوله : ثم في « الشامل » و « التتمة » أن قولنا يرجع بنصف الأصل ويبقي الولد مفروض في غير الجواري ، وأما في الجواري فليس له الرجوع في نصف الأم لأنه لا يتضمن التفريق بين الأم والولد في بعض الزمان لكنه يرجع إلى القيمة . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نقل الاستثناء عن هذين فقط وليس فيه تصريح بموافقتهما ولا مخالفتهما ، وكلامه في« الشرح الصغير »و«المحرر » مقتضاه المخالفة ، فإنه لم يستثن ذلك فيهما لكن الأمر كما قالاه فقد نص عليه الشافعي في « الأم » فقال في الصداق المذكور وعقب المسابقة ما نصه: إلا أن ولد الأمة إن كانوا معها صغارًا ترجع بنصف قيمتها لئلا يفرق بينها وبين ولدها هذا لفظه ومنها نقلت .

قوله : وقول الغزالي في « الكتاب » : إن شاء رجع إلى قيمة النصف السليم لفظه في هذه اللفظة شيء والعبارة القويمة أن يقال : إلى نصف قيمة السليم ، وفرق بين نصف قيمة الكل وبين قيمة نصف الكل فإنا إذا قومنا النصف نظرنا إلى جزء من الجملة وذلك مما يوجب النقصان فإن التشقيص عيب . انتهى كلامه .

ذكر نحوه في « الروضة » فقال :رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ولا يقال يرجع بقيمة النصف ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبارة ، والصواب ما ذكرناه لأن التشقيص عيب . هذا لفظه .

وفيه أمران :

أحدهما : أن ما صرح به في « الروضة » واقتضاه كلام الرافعي من الإنكار على الغزالي وحمله على التساهل في العبارة فغريب جدًا ، بل قاله في « الوجيز » و « الوسيط » معًا عن قصد وروية تبعًا لإمامه فإنه في « النهاية » قد جزم بأنه يرجع بقيمة النصف لا بعكسه وعلله بأنه لم يقن إلا ذلك والذي قاله هو القياس الذي لا يتجه غيره لما ذكره من المعنى إلا أن الشافعي في « الأم » قد عبر بنصف القيمة كما قاله الرافعي ذكر ذلك في مواضع كثيرة من كتاب الصداق المذكور عقب المسابقة ، ولولا خشية الإطالة لذكرت لفظه فيها ، وعبر به الغزالي أيضًا في « البسيط » .

الأمر الثاني : أن تعليل الرافعي بأن التشقيص عيب تعليل صحيح فإنه ذكره في تقرير الفرق بين نصف القيمة وقيمة النصف فتصرف النووي في ذلك وعبر بالعبارة المذكورة ومقتضاها غير مستقيم فإنه جعله علة لإيجاب نصف القيمة فتأمله مع أن القائل بقيمة النصف يعطيه قيمة ملكه بكمالها فأين التشقيص ؟ واعلم أن للمسألة نظائر منها إذا أخذ الساعي الزكاة من أحد الخليطين فهل يرجع على شريكه بنصف قيمة المأخوذ أم بقيمة نصفه ؟ فيه اضطراب وقع للرافعي سبق بيانه في موضعه ، ومنها: إذا استولد جارية نصفها له قال الشافعي في « الأم » : فلشريكه عليه نصف المهر ونصف قيمة الجارية هكذا ذكره في باب المكاتبة بين اثنين يطأها أحدهما، وفي باب المترجم بالأقضية أيضًا ، وجزم به الرافعي في باب العتق ، وهو يقوي ما قاله في الصداق ، ومنها: إذا ملك نصف عبد فأعتقه وسرى إلى الباقي ، فهل يغرم قيمة نصف أم نصف قيمته ؟ حكمه حكم الصداق وفيه كلام أذكره في موضعه ، ومنها إذا أوصى بنصف عبد ، فإن الصواب وهو قياس ما قلنا في الزكاة أنه ألحق اعتبار نصف قيمته من الثلث مع شيء آخر وهو نقصان النصف الباقي للورثة عن نصف القيمة .

نعم يأتي في اعتبار هذا النقصان الأوجه الثلاثة في ما إذا أتلف إحدى فردتي خف وهو يساوي عشرة مثلاً وعادت قيمة الباقية إلى ثلاثة ، وأصحها أنه يلزمه سبعة كما أشرنا إليه ، ومنها إذا شهد شاهدان بأنه ملك زيدًا نصف عبده أو بأنه وقفه ثم رجعا بعد الحكم ففي مقدار ما يغرمانه ما ذكرته الآن .

واعلم أن الجزء إذا قل كانت الرغبة فيه أقل مما لو كثر فعلى هذا إذا أعتق النصف الذي يملكه وكان موسرًا بنصف قيمة الباقي فإنه يسري إلى نصف نصيب الشريك ، ويقوم ذلك النصف ثم يوجب نصف قيمته وأرش ما نقص من الربع الباقي .

قوله : وإذا تغير الصداق بالزيادة والنقصان جميعًا ثبت لكل منهما الخيار وذلك قد يكون بسبب واحد كما إذا أصدقها شجرة فأرقلت وصارت قحامًا وذلك بأن تقل ثمرتها لطول المدة فهو نقصان في الثمرة وزيادة في الحطب ، وإما يستثن كما إذا أصدقها عبدًا فتعلم القرآن وأعور . انتهى .

أما أرقلت : فإنه بالراء المهملة والقاف واللام أي طال .

والرقلة : هي الطويلة من النخل جمعها رقال : بكسر الراء .

وأما القحام فالبقاف والحاء المهملة من قولهم شيخ قحم ـ بقاف مفتوحة وحاء ساكنة ـ أي : شيخ هم .

قوله : أصدقها جارية فحبلت في يدها وطلقها قبل الدخول فهي زيادة من وجه لتوقع الولد ، ونقصان من وجه للضعف في الحال وخطر الولادة فليس لأحدهما إجبار الآخر على نصف الجارية ، ثم قال وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهًا أنه يجبر الزوج إذا رضيت هي رجوعه إلى نصف الجارية وهي حامل بناء على أن الحمل لا يعلم ، وقضية هذا أن يجبر أيضًا

إذا رغب الزوج في الرجوع إلى نصفها . انتهى .

واعلم أن هذا القائل لم يوجب على المرأة أن تعطي النصف ، بل قال: إنها إذا رضيت بإعطائه أجبرنا الزوج على قبوله .

فإجباره مع اشتراط رضاها دليل على أنه عند هذا القائل زيادة محضة وإذا كان كذلك لم يلزم من إجباره إذا رضيت أن تجبر الزوجة إذا رضي، فلا يصح التخريج الذي ذكره الرافعي وتابعه عليه في « الروضة » .

قوله : وأما الحمل في البهيمة ففيه وجهان : أحدهما : أنها زيادة محضة لأنه لا يخاف عليها من الولادة غالبًا ، وأظهرهما : أنه كما في الجواري زيادة من وجه ونقصان من وجه ، أما إذا كانت مأكولة فلأن لحمها لا يطيب لأن الحمل ضرب مرض ، وأما إذا لم تكن مأكولة فلأنه لا يحمل عليها مع الحمل كما تحمل ولا حمل . انتهى كلامه .

وهذه المسألة أعني أن الحمل في الحيوان هل هو عيب أم لا ؟ ذكره الرافعي في ثلاثة مواضع من هذا الكتاب ، واختلف كلامه فيها ، وكذلك « الروضة » وقد أوضحت ذلك في البيوع في خيار النقص فراجعه .

قوله : أصدقها جارية حاملاً فولدت ثم طلقها فإن قلنا الحمل لا يقابله قسط من الثمن لم يأخذ الزوج نصف الولد ، وإن قلنا يقابله فوجهان . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا والأصح أنه يأخذه ،كذا قاله في « الروضة » من زوائده .

قوله : وإذا أصدقها حليًا فكسرته أو انكسر فأعادته إلى ما كان عليه فوجهان : أظهرهما : أنه لا يرجع إلا برضاها فلو امتنعت فوجهان : أحدهما أنه يرجع إلى نصف قيمة الحلي على الهبة التي كانت ، والثاني : إلى مثل نصفه بالوزن وإلى نصف أجرة الصنعة ، ونظم الكتاب يشعر

بتـرجيح الوجـه الأول ، وبترجـيحـه قـال الشيخ أبو علي وهو جـواب ابن الحـداد لكن الموافق لما مـر في الغـصب في مـا إذا أتلف حليًـا على إنسـان ترجيح الوجه الثاني . انتهى .

أطلق في أصل « الروضة » تصحيح الأول ، وكلام « الشرح الصغير » ظاهر في رجحان الـثاني ، وكلام «الكبير» ربما يشـعر به ويلزم النووي أن يفرق بين البابين .

قوله : ويلحق به ما إذا غصب جارية مـغنية فنسيت عنده الألحان ، هل يرد معها ما نقص من قيمتهـا بنسيان الألحان ؟ ، فيه وجهان : وجه المنع أنه محرم . انتهى .

وهذه المسألة أعني القـول بتحريم هذا الغناء ذكره الرافـعي في مواضع من هذا الكتاب : أحدها : في البيع ، والثاني : في الغصب ، والثالث : ما ذكرناه الآن ، والرابع في أوائل الشهادات واختلف فيها كلام ، وكذلك كلامة « الروضة » وقد بسطت القول فيه في أوائل البيع فراجعه .

قـوله : فلو اشـترى جـارية مـغنيـة بألفين ، ولو لم تكن مـغنيـة لكانت تشترى بألف ففيه ثلاثة أوجه إلى آخره .

هذه المسألة ذكرها الرافعي في أوائل البيع وسبق الكلام عليها من وجوه فراجعه .

قوله : ولو أصـدق الذمي زوجتـه خمـرًا فتخلل ثم تلف أو أتـلفه ، ثم طلقها قـبل الدخول فوجهان : أحـدهما : ويحكى عن الخضري وصـححه الشيخ أبو علي أنه يرجع بمثل نصف الخل ، لأنه لو بقي لرجع في نصفه .

والثاني : وبه قال ابن الحداد : إنه لا يرجع بشيء . انتهى .

وهذا الذي صححه الشيخ أبو علي هو الأصح كذا صححه الرافعي في

« الشرح الصغير » فقال : إنه أظهر الوجهين ، والنووي في أصل «الروضة» ، وعبر بالأصح .

قوله : ولو أصدقها عصيراً فتخمر في يده ثم عاد خلاً ثم أسلما وترافعا إلينا لزمه قيمة العصير ولا عبرة بتخلل الخمر . انتهى .

وإيجاب قيمة العصير تبعه عليه في « الروضة » وهو غير مستقيم فقد سبق في الباب الثاني من أبواب الرهن أنه إذا باع عصيراً فانقلب في يده خمراً ثم تخلل فإن البيع لا يبطل على الصحيح ولكن يتخير المشتري ، وإذا تقرر هذا فإن جعلنا الصداق في يد الزوج مضمونًا ضمان يد أوجبنا مثل العصير ، فإن قلنا ينفسخ في البيع فينفسخ العقد هنا ، ويجب مهر المثل كما لو لم يسم شيئًا ، وإن قلنا لا ينفسخ وهو الصحيح فتتخير الزوجة ، فأما إيجاب قيمة العصير فلا يستقيم على شيء مما ذكرناه ، بل القول ببقاء العقد في مسألتنا أولى من البيع لأن المعاملة هنا مع كافر ، وانقلابه إلى الخمر وقع في حال الكفر أيضًا فلم يخرج عن المالية عندهم واعلم أن الرافعي قد ذكر في الرهن أنه إذا رهن عصيراً فتخمر ثم تخلل فإن [الرهن] (١) يكون باقيًا على حاله على الصحيح سواء كان تخمره قبل القبض أو بعده .

قوله : وإذا أصدقها جلد ميتة فدبغته ثم طلقها قبل الدخول ففي رجوعه إلى النصف وجهان ، وقد ذكرنا في الغصب أن الأصح كون الجلد للمغصوب منه لا للغاصب فيشبه أن يكون الرجوع أظهر هنا أيضًا ، وبه أجاب ابن الحداد . انتهى .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا وأطلق النووي في أصل «الروضة» تصحيح الرجوع لكن الرافعي إنما قاله بحثًا ، وهو بحث

(١) في حـ : الخمر .

ضعيف، فـإن فعله لما كان محرمًـا ناسب أن يقال : إنه لا يؤثر في إخراج ما اختـص به المغصوب منه بخـلاف ما نحن فيـه وذكر الرافعي في كـتاب الرهن أنه إذا رهن شاة فـماتت في يد المرتهن فدبغ جـلدها ، لم يعد رهناً لأن ماليته حدثت بالمعالجة بخلاف الخمر إذا تخلل فاعلم ذلك .

قوله : ويشتـرط في تعليم القرآن ليصح صداقًا العلم بالمشـروط تعليمه فإن لم يكن لهما ، أو لأحدهما معرفة بالقرآن وسوره ، وأجزائه .

قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل وإلا فيرى المصحف ، ويقال تعلم من هذا الموضـع إلى هذا الموضع ، ولك أن تقـول لا ينبـغـي أن يكون هذا طريقًا لأنه لا يفـيد معـرفة بحال ذلك المـشار إليه صـعوبة وسهـولة . انتهى كلامه .

وهذا الطريق الذي توقف فيه هنا لم يعتبره في « الشرح الصغير » فإنه حصر الطريق في التوكيل ، ولم يذكر هذا وصرح بإسقاطه النووي ، فقال من زوائده : الصواب أنه لا يكتـفي به ، والذي قالاه هنا يشكل عليـه ما تقدم في البيع في الكلام على شرط الرهن والكفيل فإن الرافعي قال هناك : والمعتبـر في الكفيل المشاهدة أو المعـرفة بالاسم والنسب ولا يكفي الوصف كقوله رجل موسر ثقة ،هذا هو المنقول للأصحاب ، ولو قال قائل الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعـرف حاله لم يكن مبعدًا هذا كلامه ، فيقال لهما قد وافقتهما على المنقول من الاكتفاء بمشاهدة الكفيل ، وإن جهلت حـقيـقته من الإعـسار واليسـار والمطل والأداء ، ولم يكتفـيا بمشاهدة المقروء للجـهل بحاله من الصعوبة والسهولة وقـد يفرق بأن القرآن هو نفس المعقود عليه فاحتطنا له والكفيل يوثقه للمعقود عليه فخف أمره .

قوله : الثالثة : أصدقها تعلم سورة ثم طلقها قبل الدخول وقبل التعليم فوجهان : أحدهما : أنه يعلمها النصف من وراء حجاب من غير خلوة كما

يجوز سماع الحديث كذلك ، وأظهرهما وهو المنصوص عليه في المختصر: تعذر التعليم لأنها صارت محرمة عليه ولا يؤمن من الوقوع في التهمة والخلوة المحرمة وليس كسماع الحديث ، فإذا لو لم نجوزه لضاع وللتعليم بدل . انتهى .

وما ذكره في تعليل التعذر من امتناع التعليم لأجل الخلوة ، وذكر ابن الرفعة في باب الإجارة من « الكفاية » قريبًا منه فقال : لا يجوز أن تستأجر المرأة رجلاً أجنبيًا للخدمة ولا بالعكس ، قال : فإن كانت التى استأجرها لذلك أمة فوجهان، لكن ذكر النووي في أوائل النكاح من زوائد « المنهاج » أنه يجوز للأجنبي النظر لأجل التعليم فإذا جاز له التعليم خصوصًا مع النظر ؟ فكيف يعقد مع ذلك امتناع الاستئجار للتعليم الخالي عن النظر والذي ذكره النووي هو الصواب ، نعم ما ذكره الرافعي في مسألتنا من تعذر التعليم صحيح لا لما ذكره ، بل لعلة صحيحة واضحة ، وهي أن القيام بتعليم نصف مشاع لا يمكن ، والقول باستحقاق نصف معين دون النصف الآخر بحكم لا دليل عليه ومؤدى إلى النزاع لاسيما أن السورة الواحدة مختلفة الآيات في الطول والقصر والصعوبة والسهولة فتعين المصير إلى البدل .

قوله : فرع في « التتمة » : لو كان له عليها أو على عبدها قصاص فنكحها وجعل النزول عن القصاص صداقًا لها يجوز . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن النووي قد أسقط من « الروضة » مسألة العبد .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة المنقولة عن « التتمة » قد جزم بها الرافعي قبل كتاب الديات بدون ورقتين ، وفرع عليها ما إذا طلق قبل الدخول هل يرجع بنصف أرش الجناية ، أو نصف مهر المثل وسوف أذكره هناك إن شاء الله تعالى .

قوله : إحداهما إذا أثبتنا الخيار للمرأة فامتنعت وأصرت على الامتناع فإن كان نصف القيمة الواجب دون نصف العين للزيادة الحادثة فيبيع ما بقي بالواجب من القيمة [وإن لم يرغب في شراء البعض باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة] [(١)] الواجبة إليها ، وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ففيه احتمالان للإمام : أظهرهما وهو المذكور في الكتاب : أنه يسلم نصف العين إليه ؛ إذ لا فائدة في البيع ظاهراً فإذا سَلَّم إليه أفاد قضاؤه ثبوت الملك له .

والثاني : أنه لا يسلم العين إليه بل يبيعه فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

وقوله في « الكتاب » : وإن كان لا يشتري النصف إلا بنصف القيمة الواجبة لا ينبغي أن يخصص بما إذا باع النصف وحده ، بل الحكم في ما إذا باع النصف وحده وما إذا باع الكل واحد ، والنظر إلى عدم زيادة ثمن النصف على نصف القيمة الواجبة . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخره فصوابه أن يقول نصف الثمن على نصف القيمة وإلا فقد لا يزيد ثمن النصف على نصف القيمة ويزيد كل الثمن على كل القيمة فتكون الزيادة قد أثرت .

وفرض المسألة في ما إذا لم تؤثر الزيادة في القيمة والنظر إنما يتعلق بنصف الثمن ونصف قيمتها ، فقد يكون ثمن النصف مساويًا لنصف القيمة ويكون كل الثمن أكثر من كل القيمة وقد تكون أقل من نصف القيمة والكلان مستويان .

قوله : الثالثة : إذا وقع الرجوع إلى القيمة إما لهلاك الصداق أو لخروجه عن ملكه أو لزيادة أو نقصان فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق وقيمة يوم القبض . انتهى كلامه .

---

(١) سقط من أ .

وهذا الحكم الذي ذكره هنا وهو اعتبار الأقل قد ذكره أيضًا في «الشرح الصغير » و « المحرر » وتابعه عليه النووي في « الروضة » و « المنهاج » ، وليس هو المفتي به فاعلمه فقد جزم في كتاب الزكاة في الكلام على التعجيل بأن العبرة بقيمة يوم القبض ، وقد نص عليه الشافعي أيضًا في مواضع من « الأم » ولنذكر عبارتهما، فأما الرافعي فقال : ومتى ثبت الإسترداد أو كان المعجل تالفًا ضمنه القابض بقيمته إن كان متقومًا ، وفي القيمة المعتبرة وجهان أحدهما : قيمة يوم التلف كالعارية ثم قال ما نصه : والثاني ويحكى عن أحمد أنه تعتبر قيمة يوم القبض لأن ما زاد عليها زاد في ملك القابض فلم يضمنه كما لو تلف الصداق من المرأة في يدها ،ثم إن تلف قبل الدخول أو طلقها فإن الزوج يرجع بقيمة يوم القبض قال المحاملي : وهذا أشبه هذا كلامه ، وحذفه النووي من « الروضة » والرافعي من « الشرح الصغير » لكونه دليلاً ، وأما الشافعي فقال في الصداق المذكور عقب المسابقة في باب من دفع الصداق ثم طلق قبل الدخول ما نصه : « فإن تغير شيء من ذلك في يدها إما بأن [تقبض] (١) الورق فيبلى أو تدخل الذهب والورق [النار] (٢) فتزيد قيمته أو تنقص في النار فكل هذا سواء ويرجع عليها بمثل نصفه يوم دفعه إليها ؛لأنها ملكته بالعقد وضمنه بالدفع فلها زيادته وعليها نقصانه » . انتهى .

وبعده أيضًا بأسطر في إصداق الشيء ينكسر ما نصه : « وعليها أن ترد عليه نصف قيمته يوم دفعه » ، ثم ذكر أيضًا بعده في إصداق الخشب فتعمل منه أبوابًا مثله فقال : « كانت لها ورجع عليها بنصف قيمتها يوم دفعها » وبعده أيضًا ما نصه : « وهكذا لو أصدقها غزلاً فنسجته رجع عليها بمثل نصف الغزل إن كان له مثل ، فإن لم يكن له مثل رجع عليها

(١) في « الأم »، جـ : تدفن .
(٢) سقط من الأصول ، والمثبت من الأم .

بمثل نصف قيمته يوم دفعه ، وكلمـا قَلَّت يرجع بمثل نصف قيمته فإنما هو يوم دفعه لا ينظر إلى نـقصانه بعد ولا زيادته ، وقال أيضًـا بعده في ما إذا أصدقها عـبدين فتغيرا مـا نصه : « كانا لها وكان عليهـا أن تعطيه أنصاف قيمتهما يوم قبضهما وبعده أيضًا بأسطر في إصداق الأمة أو الماشية فتتغيران ما نصه : « ويرجع عليهـا بنصف قيمة الأمة والماشية يوم دفعـها إليها » ، وقال أيضًـا بعده : « فإن طـلقها قـبل أن يدخل بها والنخل زائد فـيرجع بنصف قيمة النخل يوم دفعها إليها » . انتهى .

وبعده أيضًـا في باب المهر والبيع مـا نصه : « ولو أصدقهـا أباها عتق ساعة عـقد عليها الـنكاح ، ثم قال : ولو طلقها قـبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمته يوم قبضه منه . انتهى .

وهذه المسألة مشكلة فإنه إذا صار حرًا فكيف يقبض؟ .

وبعده أيضًا قبل باب التفويض مثله فقال : وإذا أصدقت المرأة الأمة أو العبد فكاتبتـهما أو أعتقتهما أو دبرتهـما ، ثم طلقت قبل أن يدخل بها لم يرد من ذلك شيئًـا ويرجع عليها بنصف قيمة ـ أي : ذلك ـ أصـدقها يوم دفعه إليها . انتهى .

وهذا لفظه بحروفه ، ومن « الأم » نقلت هذه النصوص كلها .

الفصل الثالث
في التصرفات المانعة من الرجوع

قوله في المسألة الأولى : وإن كان الحق لازمًا بأن [رهنته] (١)وأقبضته فليس للزوج الرجوع إلى نصفه لتعلق حق المرتهن بعينه، وإن أجرته فقد نقص الصداق عما كان لاستحقاق الغير منفعته ، فإن شاء رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة ، فإن قال : أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ، فإن قال : أتسلمه ، ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر فليس لها الامتناع منه ، وإن قال : لا أسلمه وأصبر ، فلها أن لا ترضى به وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من خط الضمان إذا قلنا : إن الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق ، وهو الأصح . انتهى كلامه .

ومقتضاه أنه إذا رجع في العين المستأجرة كان له ذلك ، وإن لم يتسلمها وإنما يفصل بين أن يتسلم أو لا يتسلم إذا لم يرجع ، وهذا الذي اقتضاه كلامه تابعه عليه في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن ما اقتضاه من عدم الضمان في ما إذا رجع ، ولم يتسلم غير صحيح ، فإنه إذا رجع فيها ولم يتسلمها كانت أيضًا مضمونة عليها بحكم يدها كما أنه إذا تملك بمجرد الطلاق يكون مضمونًا عليها إلى أن يقبضها منها ، وحينئذ فما ذكره [بعد ذلك يتعين ذكره أيضًا في هذا القسم .

الأمر الثاني : أن ما ذكره] (٢) من التفصيل في ما إذا لم يرجع غير مستقيم أيضًا ولا معقول فإنه إذا لم يحصل منه يقتضي التمليك فكيف يفيد أخذه العين وإعطاؤها انقطاع الضمان عن المرأة ؟ ثم إن صاحب « التتمة » قد جزم بخلاف ما قاله الرافعي وكذلك صاحب « الشامل » فقالا : الرهن

(١) في حـ : وهبته .

(٢) سقط من جـ .

لا يرجع إلى نصـفه لـتعلق حق المرتهن ، وأمـا الإجـارة فله أن يرجع في نصف العين إن قال أتسلم ملكي ثم أسلمه إلى المستأجر وليس لها أن تمتنع لعـدم الضرر ، وإن قـال : لا أتسلم ملكي ، لم يلزمـها الرضـا به لخطر الضمان. هذا كلامهما .

الفصل الرابع
في هبة الصداق من الزوج

قوله : وينفذ الإبراء أيضاً بلفظ الهبة والتمليك ، وقيل : لا ، ثم قال : وهل يحتاج اللفظان إلى القبول فيه وجهان :

أحدهما : نعم كما لو استعملا في الأعيان وأظهرهما وهو المذكور في « التهذيب » : المنع اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن اشتراط قبول الإبراء إذا وقع بلفظ الهبة والتمليك مذكور في «الرافعي» و « الروضة » في أربعة مواضع ، أولها : في أوائل الصلح ، وثانيها وثالثها : أيضًا في الركن الرابع من كتاب « الهبة » ، ورابعها : في هذا الباب وهو ما ذكرناه ، واختلف في الترجيح كلام الرافعي وكذلك كلام « الروضة » أيضًا وقد سبق إيضاحه في أوائل كتاب « الهبة » فراجعه .

الأمر الثاني : أن ما أشار إليه من كون الإبراء إسقاط مذكور أيضًا في «الرافعي» و « الروضة » في مواضع : أحدها : في أوائل كتاب الضمان ، والثاني : في أوائل كتاب الوكالة في أواخر الركن الأول ، والثالث : ما ذكرناه ، والرابع : في باب الرجعة وهو من زوائد « الروضة » واضطرب في الترجيح كلام الرافعي والنووي تبعًا وقد أوضحت ذلك في أوائل كتاب الضمان .

قوله : والجديد : أنه ليس للولي العفو عن صداق موليته ، والقديم: أن

له ذلك ولكن بشروط :

أحدها : أن يكون الولي أبًا أو جدًا .

والثاني : أن تكون المولية بكرًا عاقلة صغيرة ، ثم قال : وفي المجنونة قولان : أظهرهما : المنع لأنه يرجى في العفو عن صداق البالغة ترغيب الخاطبين فيها وتخليصها ممن هي في نكاحه ليتزوجها من هو خير منه ، والمجنونة لا يكاد يرغب فيها . انتهى .

اعلم أن محل جواز العفو على هذا القول إنما هو بعد الطلاق كما سنذكره عقب هذه المسألة وخلاصها قد حصل قبل العفو ولكن مرادهم بهذا التعليل أنه إذا اتفق العفو ثم تزوجها شخص لم يستقم أمرها معه ، وغلب على ظنه أنه إذا طلقها عفي عن صداقها كان ذلك سببًا لخلاصها فاعلمه .

قوله في المسألة : والثالث : أن يكون بعد الطلاق ، أما العفو قبله فلا يصح لأن الزوج قد يدخل عليها بعد العفو فتفوت منفعة البضع عليها وفيما علق عن الإمام أن الشيخ أبا محمد جوز العفو قبل الطلاق إذا رأى الولي المصلحة فيه . انتهى كلامه .

وما ذكره من اشتراط وقوع العفو بعد الطلاق قد خالفه في الباب الرابع من أبواب الخلع ، وسأذكر إن شاء الله تعالى هناك لفظه فراجعه .

قوله أيضًا في المسألة : ولو أراد الولي مخالعة الصغيرة على نصف الصداق الذي تستحقه فيبني ذلك على جواز العفو إن جوزناه صحت المخالعة ، هكذا ذكره صاحب « التتمة » وغيره ، وفي « الوسيط » حكاية وجهين في صحة الخلع مع التفريع على صحة العفو ، وقال : الظاهر المنع والأشبه الأول . انتهى كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ عن « الوسيط » من ترجيح المنع غلط فإنه إنما

رجح الجواز فقال في ذكره للشروط ما نصه : وأن يكون بعد الطلاق لا قبله فإن كان معه بأن اختلعها بالمهر ففيه تردد ، والأظهر أنه كالمتأخر هذا لفظ « الوسيط » هنا ، وهو الكلام الذي أراده الرافعي ، ولهذا نقل عنه أنه عبر وقال في كتاب الخلع : وإن منعناه وهو الأصح . . . إلى آخر ما قال ، وهذا الذي قاله هناك لا يخالف ما قاله هنا فإنه ليس تفريعًا على القديم ، بل ذكر حكم المسألة من حيث الجملة ، ولا شك أن الصحيح فيها عند الغزالي وغيره هو الجديد القائل بالمنع .

واعلم أن النووي قال في « الروضة » في اختصاره لكلام الرافعي : ولو خالعها الولي عن نصف الصداق ، وجوزنا العفو صحت المخالعة ، قاله المتولي وغيره، وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان ، والأول أشبه . هذا لفظه .

وكلام الرافعي ظاهر في أن الأشبه إنما هو عائد إلى أصل الجواز وكلام النووي مع حذفه لترجيح الغزالي يقتضي عوده إلى القطع بالجواز فتأمله .

قوله : ولو ادعى عينًا وأخذها ببينة ثم وهبها للمدعي عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال فهل للمدعى عليه تغريم الشهود؟ فيه طريقان :

أحدهما : على وجهين أخذًا من هبة الصداق .

والثاني : القطع بالمنع لأن المدعي عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة . انتهى ملخصًا .

والصحيح هو الثاني ، كذا قاله في « الروضة » من « زوائده » .

قوله : وإذا وهبت منه نصف الصداق فطلقها قبل الدخول ، وقلنا : إن هبة الكل تمنع الرجوع ، فهاهنا ثلاثة أقوال : أصحها عند صاحب

« التهذيب » وهو المنصوص في « المختصر »: أنه لا يرجع بشيء أيضًا وحقه قد عجلته .

والثاني : أن الهبة تنزل على خالص حقها ويرجع الزوج بجميع النصف [الثاني] (١) .

الثالث : ويحكي عن « الإملاء » أنه يرجع عليها بنصف [الثانى] (٢) عندها ويجعل النصف الموهوب مشاعًا . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا وصحح النووي في أصل « الروضة » ، صححه البغوي .

قوله في « الروضة » : ولو كان الصداق دينًا فأبرأته من نصفها ثم طلقها ، قال المتولي : قلنا لو أبرأت عن الجميع يرجع فهنا يسقط عنه النصف الباقي أيضًا ، وإن قلنا : لا يرجع بشيء ، فهاهنا وجهان :

أحدهما : يحسب عليه .

والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . انتهى كلامه .

وتعبيره في آخر كلامه بقوله : النصف الباقي ـ أعني : بدخول « ال » على نصف ـ ، قد شاهدته بخطه كذلك كما هو في النسخ أيضًا ، وهو غلط وصوابه « نصف الباقي » بإسقاط « ال » كما هو مذكور في الرافعي .

قوله : وإن خالعها على نصف الصداق نظر إن قيد وقال : خالعتك على النصف الذي يبقى لك بعد الفراق ، فهو صحيح ، وإن أطلق فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة بالسوية ينزل على النصف الذي له أو يشيع ؟ أحد القولين أنه ينزل على نصيبها ، وأصحهما : عند أكثرهم أنه يشيع لإطلاق اللفظ ، وكأنه خالعها على نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه وفي نصف نصيبها

---

(١) فى جـ : الباقى .

(٢) فى جـ : الباقى .

القولان . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني : تنزيل النصف على الحظر أو على الإشاعة ـ مذكورة في «الرافعي» و « الروضة » في مواضع أحدها : في باب الرهن. والثاني : في آخر الباب الثالث من أبواب الإقرار ، والثالث : ما ذكرناه ، والرابع : في العتق في الكلام على السراية . واختلف في الترجيح كلام الرافعي ، وكذلك كلام « الروضة » ، وقد أوضحت ذلك في كتاب الإقرار فراجعه .

[**قوله : والفرقة نوعان فرقة تحصل بالموت فلا توجب منعه بالإجماع . انتهى كلامه .**

وما ذكره من الإجماع على عدم الاستحقاق في هذه الحالة تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، وليس كذلك فقد حكى الواحدي في تفسيره المسمى « بالبسيط » قولين في المفوضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول والفرض .] (١)

---

(١) سقط من جـ .

الفصل الخامس
في المتعة

قوله : وعن ابن عمر رضي الله عنهما ـ : إن لكل مطلقة متعة ، إلا التي فرض لها ولم يدخل بها فحسبها نصف المهر [١] . انتهى .

حسبها بسكون السين المهملة معناه يكفيها ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم » [٢] والباء الجارة له في الحديث زائدة وهو مبتدأ ، وأن الفعل الذي بعدها في موضع الخبر.

قوله : ومهما حصلت الفرقة من جهة الزوج لا بسبب فيها أو حصلت من جهة أجنبي فهي كالطلاق في اقتضاء المتعة ، وذلك كما إذا ارتد أو أسلم ، ثم قال : وكما إذا وطئ أبوه أو ابنه زوجته بالشبهة أو أرضعت أمه أو ابنته زوجته الصغيرة فانفسخ النكاح . انتهى كلامه .

وما ذكره الرافعي من إيجاب المتعة للصغيرة التي انفسخ نكاحها تابعه عليه في « الروضة » ، وهو يحتاج إلى تصوير فإن المتعة إنما تجب للمفوضة أو لمن ثبت لها مهر ، ولكن طلقت بعد الدخول على اختلاف في ذلك أيضًا وهما معًا منتفيان أما الدخول فواضح ، وأما التفويض فلأنه لا يصح في الصغيرة ، بل يجب لها مهر المثل ، وصورة المسألة أن تكون هذه الصغيرة أمة زوجها سيدها بالتفويض وقد صرح الرافعي بهذا التصوير في الباب الثالث من أبواب الرضاع ، وحكى خلافًا في أن الزوج هل

---

(١) أخرجه مالك (١١٨٨) والشافعي (٧٣٧) وعبد الرزاق (١٢٢٢٤) وابن أبي شيبة (٤/ ١٤٠) والبيهقي في « الكبري » (١٤٢٦٨) .
قال الألباني : إسناده صحيح .

(٢) أخرجه مسلم (٢٥٦٤) وأبو داود (٤٨٨٢) والترمذي (١٩٢٧) وأحمد (٧٧١٣) من حديث أبي هريرة ﷺ .

يرجع على المرضع بما غرمه من المتعة ؟ وصــحح عدم الرجوع ، والتصوير الذي ذكرناه شرط آخر لم يذكره الرافعي وهو أن يكون زوجها عبدًا ، فإن الحر المستجمع لنكاح الأمة لا ينكح صــغيره على الأصح، كما هو مذكور في بابه لأنه لا يأمن بها العنت .

الباب الخامس
في النزاع

قوله : فرع عن «التتمة» : مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفًا ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، فلا يتحالفان ، ولكن يحلف الوارث على نفي العلم فإذا حلف قضي لها بمهر المثل . انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله الرافعي هنا عن « التتمة » قد نقله في الباب الثاني من الدعاوى عن القفال ، ولم يذكر فيه خلافًا وحكاه الإمام عن القاضي الحسين أيضًا ، ثم قال : وهو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن الحكم بانقطاع الخصومة بحلف الوارث، والقدر الثابت قطعًا هو أقل ما يتمول ، قال في « الروضة » : والمختار بل الصواب قول المتولي ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى كعدمه من أصله ، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف ، وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص .

قوله : إذا وقع الاختلاف بين ولي الصغيرة والمجنونة وبين الزوج ، فقال الولي : زوجتها بألف وقال الزوج : بل بخمسمائة ، فوجهان أظهرهما في المذهب أنهما يتحالفان ؟ لأن الولي هو المالك للعقد والمستوفى للصداق فكان اختلافه مع الزوج كاختلاف البالغة .

والثاني : أنهما لا يتحالفان ، لأنا لو حلفنا الولي لكان مثبتًا حق الغير بيمينه ، ثم قال : والخلاف في أن الولي هل يحلف يجري في الوكيل وكذلك في البيع إذا اختلف وكيل البائع مع المشتري أو وكيل المشتري مع البائع أو اختلف الوكيلان وجميع ما ذكرنا في ما يتعلق بإنشاء الولي فأما ما لا يتعلق به كما إذا ادعي على إنسان أنه أتلف مال الطفل وأنكر المدعى

عليه، ونكل عن اليمين فوجهان:

أحدهما: أن الولي يحلف اليمين المردودة إتمامًا للخصومة.

وأظهرهما: المنع لأنه لا يتعلق بتصرف الولي وإنشائه. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من تصحيح الحلف للولي في ما باشره قد خالفه مخالفة عجيبة في كتاب الدعاوي في أواخر الكلام على النكول، وسوف أذكر لفظه، وما يفتي به هناك إن شاء الله ـ تعالى ـ فراجعه، وتابعه في «الروضة» على هذا الاختلاف العجيب.

قوله: وإن قلنا يحلف الولي فكذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل بأن كان مهر مثلها ألفًا والزوج يزعم أنه نكحها بألف، وقال الولي: بل بألفين، وأما إذا ادعى الزوج النكاح بما دون مهر المثل فلا حاجة إلى التحالف لأنه يثبت مهر المثل، وإن نقص الولي ولو ذكر الزوج قدرًا يزيد على مهر المثل، وادعى الولي أكثر من ذلك [فلا يتحالفان كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل أو أكثر وذكر الزوج أكثر من ذلك] (١)، حكى الحناطي وجهين في أنهما يتحالفان أو يؤخذ بما يقوله الزوج. انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على الحكم في هذه الصور كلها فأما الصورة الأولى التي صورها الرافعي للتحالف فلا تستقيم إذا فرعنا على الصحيح المنصوص أن الزوج هو الذي يبدأ فإنه إذا حلف فقد أثبت بيمينه مهر المثل فلا يحتاج في إثباته إلى يمين الولي ويصير كما إذا اتفقا على زيادة المسمى على مهر المثل، ولكن اختلفا في قدرها، فإنه لا يحالف كما في الصورة الثالثة.

وأما الصورة الثانية التي قال الرافعي: إنه لا حاجة فيها إلى التحالف فإنه ينبغي التحالف فيها كما تقدم في ما إذا أنكر أصل التسمية فإن الأمر

---

(١) سقط من جـ.

يرجع إلى الاختلاف في قدر المهر لأنه إن كـان كما يقوله الزوج فالواجب مهر المثل وكأن النزاع وقع في أن الواجب مـهر المثل كما يقول الزوج ، أو أكثر كما يقول الولي وأما التحالف في الصورة الرابعة فلا وجه له .

قـوله : ولو اختلفا فـقـال : أصدقـتك أباك فـقـالت : بل أمي ، فـفيـه وجهان: أصـحهما عند صـاحب « الكتاب » وبه أجاب ابن الحـداد : أنهما يتحالفـان ، والوجهان هما الوجهـان المذكوران في ما إذا اختلف المتـبايعان فقال البائع : بعتك هذا العبد فقال المشتري : هذه الجارية . انتهى .

وما صحـحه الغزالي هو الصحيـح فقد صححـه الرافعي في « الشرح الصغير » هنا ، وكذا النووي في أصـل « الروضة » ، وقد سبق في المسألة كلام آخـر مذكور في التحـالف ، واعلم أن محل الوجهين على مـا ذكره الرافعي في باب التحالف أن لا يكون الثمن معـينًا فإن كان معينًا تحالفا بلا خلاف والبضع هنا معين .

باب الوليمة والنثر

قوله : فالوليمة على ما ذكره الشافعي ﷺ والأصحاب تقع على كل دعوة تتخذ لسرور حادث من إملاك وختان وغيرهما لكن استعمالها على الإطلاق في الإملاك أشهر . انتهى .

والمراد بالإملاك : هو النكاح ، وقد عدل في « الروضة » إلى التعبير به .

قوله : ويقال في دعوة الختان : إعذار من إعذرا الغلام إذا اختتن ، وفي الولادة عقيقة ، وسلامة المرأة من الطلق خرس ، وقيل : الخرس طعام الولادة ، ولقدوم المسافر نقيعة ، ولإحداث البناء وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة وضيمة ، وبلا سبب مأدبة . انتهى .

الإعذار بالعين المهملة ، والذال المعجمة ، والخرس بخاء معجمة مضمومة وراء ساكنة وسين مهملتين ، ويقال : بالصاد ، والمأدبة بضم الدال المهملة وفتحها وبالباء الموحدة .

والوضيمة بكسر الضاد المعجمة .

والنقيعة بالنون من النقع وهو الغبار قال تعالى : ﴿ فَأَثَرْنَ بِهِ نَقْعًا ﴾ (١) .

والوكيرة من الوكر وهو المأوى والمستقر .

قوله من « زوائده » : وقول الأصحاب : النقيعة لقدوم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدوم عليهم ؟ وفيه خلاف لأهل اللغة ، فنقل الأزهري عن الفراء أنه القادم ، وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يصنع للقادم ، وهو الأظهر . انتهى كلامه .

---

(١) سورة العاديات : ٤ .

وهو يقتضي أنه لم يقف فيه على نقل لأصحابنا ، وقد رأيت ذلك مصرحًا به في « المنهاج » للحليمي في آخر كتاب الحج ، وجزم بالأول فقال : ويستحب للمسافر إذا رجع واستقر في منزله أن يطعم الناس . هذه عبارته ، ثم نقل فيه آثار عن الصحابة وغيرهم .

قوله : وفي وليمة النكاح قولان أو وجهان : أصحهما : أنها مستحبة ، والثاني : واجبة . انتهى .

تردد أيضًا في « الشرح الصغير » و « الروضة » و « المنهاج » بين القولين والوجهين ، والصحيح أن الخلاف قولان ، كذا صححه الجرجاني في « الشافي » .

قوله : أشهر القولين وجوب الإجابة إلى وليمة العرس ، ثم قال : وإلى ترجيحه ذهب أصحابنا العراقيون ، وتابعهم القاضي الروياني وغيره . انتهى .

واعلم أن هذا الذي نقله عن الروياني قد تابعه عليه في « الروضة » ولا شك أن الروياني في « الحلية » قد اقتصر على وجوبه ، وذكر في «البحر » نحوه فقال : فرع إذا دعاه مسلم فالإجابة واجبة قال ـ أعني : في « البحر » ـ أيضًا بعد هذا بقليل : فرع : إذا قلنا : لا يلزم الإجابة ـ وهو الصحيح عندي ـ وهو ظاهر نص « المختصر » لأنه قال : واجب أن يجيب أخاه فلا شك أنه يستحب الإجابة هذا لفظه فعلمنا أن الصحيح عند الروياني عدم الوجوب فإن الذي ذكره أولاً وهو الذي ظفر به الرافعي إنما هو النقل المعروف في المذهب لا اختياره فتفطن لهذه الدقيقة ، فإن كلام الرافعي والنووي يقتضي خلافه .

قوله : وفي إجابة سائر الولائم طريقان :

أحدهما : طرد القولين وبه قال الشيخ أبو حامد .

والثاني : القطع بعدم الوجوب، والأظهر فيها عدم الوجوب وإن ثبت الخلاف . انتهى .

لم يصحح في « الشرح الصغير » أيضًا شيئًا من الطريقين ، والأصح طريقة القطع ، كذا صححه النووي في « الروضة » ، ولم ينبه على أنه من « زياداته » ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له فإنه غريب .

قوله : وإذا قلنا بوجوب الإجابة ، فهي فرض عين أو فرض كفاية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : فرض عين لما سبق من الخبر ، قال في « الشامل » : وهذا ظاهر في المذهب .

والثاني : فرض كفاية ، ومال الحناطي إلى ترجيحه . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا والذي صححه صاحب «الشامل » هو الصحيح كذا صححه النووي في أصل « الروضة » وهو مقتضى كلام « المحرر » فإنه قال فيه وجهان رجح منهما أنه على الأعيان ، وما ذكره الرافعي عن الحناطي لم يذكره هنا ، بل ذكره بعد هذا في أواخر شروط الإجابة .

قوله : فإن دعاه ذمي فوجهان :

أحدهما : أنه كما لو دعاه مسلم لإطلاق الأخبار .

وأصحهما ـ على ما ذكره المحاملي ـ : أنه لا يجب . انتهى .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا والأصح ما صححه المحاملي كذا جزم به الماوردي بعد الكلام على المسألة بقليل وصححه أيضًا الروياني في « البحر » والنووي في أصل « الروضة » .

قوله : وتكره مخالطة الذمي وموادته . انتهى .

وما ذكره هنا من كراهة المواذة قد ذكر ما يخالفه في أواخر كتاب الحرية، فجزم بالتحريم ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

قوله : أما إذا أولم ثلاثة أيام فالإجابة في اليوم الثاني لا تجب بلا خلاف، ولا يكون استحبابها كاستحبابها في الأول وإن دعى في الثالث كرهت الإجابة . انتهى .

وما إدعاه من عدم الخلاف في الثاني ليس كذلك ، فقد حكى صاحب « التعجيز » وجهين في الوجوب وظاهر عبارة « التنبيه » أن الكراهة في اليوم الثاني لا فرق فيها بين أن يكون هو المدعى في اليوم الأول أو غيره وظاهر عبارة « البيان » اختصاصها بالمدعو في الأول ذكره أيضًا في « المحرر » وتابعه عليه في « الروضة » ، وليس كذلك بل فيه وجهان حكاهما ابن يونس في « التعجيز » .

قوله في أصل « الروضة » : ومنها ـ أي : من شروط الإجابة ـ أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي فإن كان نظر إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر وإلا فوجهان :

أحدهما : الأولى أن لا يحضر بل يجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه وعلى هذا جرى العراقيون .

والصحيح : أنه يحرم .

ثم قال : فإذا قلنا بالثاني فلم يعلم حتى حضر نهاهم فإن لم ينتهوا فليخرج ، وفي جواز القعود وجهان ثم قال من « زياداته » : أصحهما التحريم . انتهى كلامه .

وما ذكره من أن الوجهين في تحريم القعود مفرعان على قولنا لا يجوز الحضور مخالف لما في «الرافعي»، فإن المذكور فيه حكاية وجهين من غير

تفريع على شيء ، وحينئذ فيكون الخلاف المذكور محله في ابتداء الحضور، فإن جوزناه جوزنا القعود وإلا فلا وهذا هو المتجه في المعنى .

قوله : ومن المنكرات فرش الحرير وصور الحيوانات في السقوف والجدران والثياب الملبوسة والستور المعلقة والوسائد الكبيرة المنصوبة ، ولا بأس بما على الأرض والبساط الذي يداس والمخاد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والخوان والقصعة . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمور :

أحدها : أن عده هذه الأشياء في المنكرات مع ما سبق من كلامه أن الحضور في موضع المنكر حرام يقتضي تحريم دخول البيت المشتمل على شيء من هذه الأمور فتأمله ، ولكنه ذكر بعد هذا بقليل ما يقتضي أن الأكثرين على جواز دخوله فتفطن له فإنه مخالف ، والصواب الجواز .

الأمر الثاني : أن تعبيره في الطبق والخوان والقصعة بما ذكر قد تابعه عليه النووي وابن الرفعة ، وهو تعبير يقتضي القول بذلك تفقهًا لا نقلاً ، وقد صرح بالمسألة الغزالي في « الإحياء » في الكلام على منكرات الضيافة، وقال : إنه لا بأس بالطبق والخوان ، وهذا التعبير يشعر بعدم الكراهة أيضًا .

نعم لو كانت الصورة على إبريق ونحوه فهل يجوز لكونه يستعمل ويمتهن أو لا لكونه لا يجعل عليه شيء ؟ فيه نظر ، والمتجه الثاني .

واعلم أن الخوان ـ بكسر الخاء المعجمة ـ هو الذي يؤكل عليه والقصعة بفتح القاف .

قوله : ولا بأس بصور الأشجار والشمس والقمر ، وفي « شرح الجويني » وجه أن صورة الأشجار مكروهة لأن منهم من كان يعبدها . انتهى .

وهذا التعليل المذكور في حكاية هذا الوجه يؤخذ منه طرده في الشمس والقمر بطريق الأولى ، وأسقط في « الروضة » هذا التعليل الذي يستفاد منه طرد الوجه في الجميع .

قوله : وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد ، لأنها قد لا تلبس ، ورجح الإمام والغزالي المنع تمسكًا بالحديث إلى آخر ما ذكر .

لم يصرح ـ رحمه الله ـ في « الشرح الصغير » أيضًا بتصحيح ، والصحيح : تحريم التصوير مطلقًا على أي شيء كان سواء كان أرضًا أو غيره ، كذا صححه في « الروضة » من « زوائده » .

قوله : وأما الفطر فينبغي إذا حضر أن يأكل وفيه وجهان :

أحدهما : أنه واجب وأقله لقمة .

وأصحهما : أنه مستحب ، انتهى .

تابعه في « الروضة » على عدم الوجوب وصرح به أيضًا في « شرح مسلم » في باب الوليمة ، ثم عكس ذلك في الشرح المذكور أيضًا في كتاب الصيام في باب ندب الصائم إذا دعى إلى طعام ، فقال ما نصه : وليس الصوم عذرًا في إجابة الدعوة ، لكن إذا حضر لا يلزمه الأكل ويكون الصوم عذرًا في ترك الأكل بخلاف المفطر فإنه يلزمه الأكل على أصح الوجهين عندنا كما سيأتي واضحًا إن شاء الله تعالى في بابه . هذا لفظه بحروفه ، وذكر في « تصحيح التنبيه » أنه المختار ، ولا ذكر للمسألة في « المحرر » ولا في « مختصره » .

قوله في أصل « الروضة » : والمرأة إذا دعت النساء كما ذكرناه في الرجال ، فإن دعت رجلاً أو رجالاً وجبت الإجابة إذا لم تكن خلوة محرمة. انتهى كلامه .

وما ذكره من وجوبها عند دعاء الرجل الواحد كيف يستقيم مع أن شرط وجوب الإجابة مطلقًا أن تكون الدعوة عامة كالعشيرة والإخوان وأهل الصناعة ؟ والرافعي عبر بقوله : « فيجاب » وهو تعبير صحيح ، وصرح في « الروضة » بالوجوب فحصل الخلل .

قوله من « زوائده » : قال إبراهيم المروذى : لو دعته امرأة أجنبية [وليس هناك محرم لها ولم تحصل خلوة بل جلست في] (١) بيت وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبها مخافة الفتنة . انتهى كلامه .

وتعبيره بقوله : « لم يجبها » إن كان المراد به عدم الوجوب فلا يصح التقييد بعدم وجود المحرم لما سبق قريبًا من عدم العموم ، وإن كان مراده عدم الجواز فهو ممنوع .

قوله : وللضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام ، وفي « الوسيط » وجه أنه لابد من لفظ . انتهى .

تابعه في « الروضة » على نسبته إلى « الوسيط » فقط وهو مؤذن باستغرابه ، وقد تقدم بنقله جماعة غير الغزالي منهم إمام الحرمين في «النهاية » وقد نقله عنه الرافعي أيضًا في كتاب الجنايات في الكلام على استيفاء القصاص في مسألة ما إذا استحق القصاص في اليمين فقطع اليسار فقال : قال الإمام وقد ذكر وجه ضعيف أن الضيفان لا يستحقون الطعام ما لم يتلفظ المقدم بالإباحة .

قوله : الثانية هل يملك الضيف ما يأكله ؟ قال القفال : لا بل هو إتلاف بإباحة المالك وللمالك أن يرجع ما لم يأكل .

---

(١) سقط من أ .

وقال أكثرهم : نعم .

وبم يملك ؟ فيه وجوه : قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بوضعه في الفم ، وقيل : بالازدراد إذا تبين حصول الملك قُبَيْلَه ، وزيف المتولي ما سوى الوجه الأخير ، وذلك يقتضي ترجيحه وعلى الوجوه ينبني التمكن من الرجوع . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما صححه هنا من كون الضيف يملك قد خالفه في كتاب الأيمان في أثناء الباب الثالث في ما يقع به الحنث مخالفة عجيبة ، فإنه نقله هنا عن الجمهور وجعله هناك وجهًا بعيدًا ، وسوف أذكر لفظه هناك ـ إن شاء الله تعالى ـ فراجعه ، ولم يذكر الرافعي هذه المسألة في « المحرر » ، وذكرها في « الشرح الصغير » في هذا الباب فقط ، وأجاب بما أجاب به هاهنا .

الأمر الثاني : أن الراجح من الوجوه المفرعة على الملك أنه يحصل بالوضع في الفم ، قد رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال ما نصه: قيل : يملكه بالوضع في الفم ، وقيل : بالازدراد يثبت حصول الملك قبله ورجح منهما الأول . هذا لفظه .

الثالث : أن العبد لابد من استثنائه هنا على المعروف ، بل في جواز قبوله مثل هذه الإباحة بغير إذن السيد نظر .

قوله : ولا يجوز التطفل إلا إذا كان بينه وبين صاحب الدار انبساط ، وهذا قريب مما سبق في الزلة . انتهى .

التطفل هو حضور الوليمة من غير دعوى إليها ، ومنه الطفيلي منسوب إلى طفيل رجل من أهل الكوفة من بني عبد الله بن غطفان ، كان يأتي الولائم من غير أن يدعى إليها فكان يقال له : طفيل الأعراس ، والعرب

تسمى الطفيلي الوارش بالشين المعجمة إن دخل إلى طعام ، فإن دخل إلى شراب فهو الواغل بالغين المعجمة أيضًا ، قاله الجوهري .

وأما الزلة فهو ما يأخذه حاضر الوليمة من طعامها ، ولعله مأخوذ من ما حكاه الجوهري: أزللت إليه نعمة ، إذا أسديتها له ، واعلم أن لفظ «الزلة » لم يتقدم له ذكر ، وإنما تقدم معناها .

نعم ذكرها الغزالي في «الوسيط » فقال وزلة الصوفي حرام .

قوله : وقد عرفت بهذه المسائل أن الخلاف في أنه بم يملك مخصوص بما يأكله ولا يقول بأنه يملك ما يوضع بين يديه أو ما يأخذه بحال ، ولو قيل به لما منع من النقل ومن إطعام السائل وسائر التصرفات وهي ممتنعة بالاتفاق . انتهى كلامه .

وما ذكره من الاتفاق على تحريم النقل وإطعام السائل والهرة وعدم الملك في ما لم يأكله ليس كذلك ، بل في الأشياء كلها خلاف مشهور مذكور في « الحاوي » و « الشامل » و « البحر » و « البيان » و « الذخائر» وغيرها ، ونقلوا القول بالملك وجواز هذه الأشياء عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ، بل كلام الرافعي هنا لا يستقيم مع ما قاله قبل ذلك أن الخلاف في وقت الملك فائدته في جواز الرجوع، فإنه إذا خص الخلاف بما أكله كيف يمكن معه امتناع الرجوع على مالك الطعام؟ ، ولم يتعرض في « الروضة » لنفي الخلاف بل حكى من « زوائده » عن «البيان » عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ما حكيناه عنهما .

قوله : ومن آداب الأكل : أن يقول في الابتداء : بسم الله ، فإن نسي فإذا تذكره قال : بسم الله أوله وآخره . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه سكت هنا عما يقوله بعد الفراغ ، وقد ذكره في آخر

باب الأطعمة فقال : يستحب أن يقول : الحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه ، ووافقه النووي هناك على الاقتصار على هذا اللفظ وزاد فيه هنا بعد قوله « فيه » : « غير مكفي ولا مكفور ولا مودع ولا مستغني عنه ربنا ». رواه البخاري في « صحيحه » [1] ، وقد شرح في « الأذكار » هذه الألفاظ فقال : مكفي بفتح الميم وتشديد الياء هذه الرواية الصحيحة الفصيحة ، ورواه أكثرهم بالهمز وهو فاسد من جهة العربية سواء كان من الكفاءة أو من كفأت الإناء كما لا يقال في مقري من القراة مقري ولا في مرمي بالهمز فالمراد بذلك كله هو الطعام وإليه يعود الضمير بالمكفى لا بالمقلوب للاستغناء عنه، وقوله : « غير مكفور » أي : غير مجحود من قولهم كفر النعم إذا جحدها وسترها ، وقال الخطابي وغيره : إن ذلك يعود إلى الله سبحانه وتعالى وأن معنى قوله : « غير مكفي » أنه يطعم ولا يطعم ، قال : وقوله : « غير مودع » أي : غير متروك من الطلب منه وينتصب ربنا على هذا بالاختصاص والمدح أو بالنداء ، ومن رفعه جعله خبرًا كأنه قال ذلك ربنا أو أنت ربنا ويصح فيه الكسر على البدلية من الاسم في قوله : «الحمد لله » .

وقال ابن الأثير : من رفع ربنا فعلى الابتداء المؤخر ، أي : ربنا غير مكفي ولا مودع ، وعلى هذا فيرفع غير ذلك قال : ويجوز أن يكون ذلك كله راجعًا إلى الحمد . انتهى كلام « الأذكار » ملخصًا .

الأمر الثاني : أن تقييد الرافعي بالنسيان يشعر بأنه لا يستحب التدارك عند التعمد ، وليس كذلك ، بل يستحب أيضًا وقد نَبَّه عليه النووي من «زوائده » .

قوله : ويكره أن يأكل مما يلي أكِيله وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى

---

(١) حديث (٥/٤٣) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه .

الثريد ونحـوه ، ولا بأس بذلك في الفواكه وأن يقرن بين التـمرتين ... إلى أخره .

وما ذكره من كـراهة هذه الأمور تابعه عليه فـي « الروضة » وقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على التحريم ، فقال في « الأم » : فإن أكل مما لا يليه أو من رأس الطعام أو عرس على قـارعة الطريق أثم بالفعل الذي فعله إذا كان عـالمًا بنهى النبي ﷺ . هذا لفظه بحـروفه ، ذكـر ذلك في الربع الأخيـر في باب صفـة نهي النبي ﷺ ، وهو بعد باب مـن أبواب الصوم وقبل باب من أبواب إبطال الاستحسان ، وذكر في « البويطي » نحوه أيضًا وكذلك في «الرسالة» قبل باب أصل العلم .

واعلم أن الأكيل الواقع في لفظ الرافعي وهو بالهمـزة المفتوحة وبالياء قبل اللام هو الجالس مع الشخص ليأكل .

قوله : ولا يكره الشـرب قائمًا وحملوا النهي الوارد على حـالة السير ، زاد في « الروضة » على هـذا فقال : قلت : هذا التـأويل قد قالـه ابن قتيـبة والمتـولي ، والمختـار أن الشـرب قائمـا بلا عـذر خلاف الأولى للأحـاديث الصـحيـحة في « مـسلم » (١) **بالنهي عنه ، وأمـا الحديثان الصـحيـحان في النهي عنه** (٢) **فمحمولان على الجواز جمعًا بين الأحاديث . انتهى كلامه .**

وذكر في « الفـتاوى » أنه لا يكره أيضًـا فقال في باب الأطعـمة: ولا يكره الشرب قائمًا فإن كان لحاجة فجائز ، وإن كان لغير حاجة فهو خلاف الأفضل ولا يقال : إنه مكروه . انتهى لفظه .

إذا علمت ذلك فـقد خـالف في « شرح مـسلم » فقـال في أول باب الشرب قائمًا وهو في أوائل الربع الأخيـر من الكتاب ما نصه : والصواب

---

(١) أخرجه مسلم (٢٠٢٤) من حديث أنس ، و (٢٠٢٥) من حديث أبي سعيد .

(٢) انظر السابق .

في الأحاديث أن النهي محمول على كراهة التنزيه ، وأما شربه قائمًا فلبيان الجواز ، فإن قيل : كيف يكون الشرب قائمًا مكروهًا ، وقد فعله عليه الصلاة والسلام ؟

فالجواب : أن فعله إذا كان بيانًا للجواز لا يكون مكروهًا ، بل البيان واجب . انتهى كلامه .

وذكر في الشرح المذكور أنه يستحب لمن شرب قائمًا عالمًا أو ناسيًا أن يتقيأ لما رواه « مسلم »[1] : « لا يشربن أحدكم قائمًا فمن نسي فليستقئ» .

قوله من « زياداته » : ويستحب لكل واحد من الجماعة أن يسمي فإن سمى واحدًا أجزأ عن الباقين ، نص عليه الشافعي وقد ذكرته في كتاب «الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي . انتهى كلامه .

وما نقله ـ رحمه الله ـ في آخر كلامه عن « الطبقات » سهو فإن «الطبقات » المذكورة لم يترجم فيها للشافعي فضلاً عن كونه ذكر هذا النص فيها ، ووقع له أيضًا نظير هذا الموضع في آخر تعليق الطلاق وسوف أنبه عليه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله : والتقاط النثار جائز لكن تركه أولى إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته . انتهى كلامه .

وما ذكره من كون التقاطه خلاف الأولى تابعه في « الروضة » هنا عليه وليس كذلك ، بل نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على أنه يكره ، كذا نقله في « الروضة » من « زوائده » في كتاب الشهادات عن « الشامل » عن الشافعي ـ رحمه الله ـ ولم يحك فيه خلافًا ، ثم رأيت النص المذكور في

(١) حديث (٢٠٢٦) من حديث أبي هريرة ﷺ .

« الأم » فقال في آخر شهادة القاذف ما نصه : وأما أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أن يأخذه من أخذه ولا يأخذه إلا بغلبة لمن حضره ، إما بفضل قوة ، وإما بفضل قلة حياء . هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلت .

قوله : ومن التقط شيئًا من النثار ملكه ، وقيل : لا ، فعلى الأول هل يخرج عن ملك الناثر بالنثر أو بأخذ الملتقط شيئًا له أو إتلافه ؟ فيه أوجه . انتهى .

لم يرجح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا وقال في « الروضة » من «زياداته » : الأصح الثاني كسائر المباحات .

قوله : ومن وقع في حجْرِه شيء من النثار فإن بسطه لذلك لم يؤخذ منه ، فإن سقط كما وقع فهل يبطل حقه لأنه لم يستقر أو لا يبطل ويمنع الغير من أخذه ؟ حكى في « الكتاب » فيه وجهين أجراهما الإمام في ما إذا وقع الصيد في الشبكة وأفلت في الحال ، وقال : إن الظاهر أن حقه يبقى بحاله . انتهى .

وما رجحه الإمام قد رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » وعبر بالظاهر أيضًا ، والنووي في أصل « الروضة » وعبر بالأصح .

قوله : وإن لم يبسط حجره لذلك فلا يملكه لكنه أولى من غيره ولا ينبغي لغيره أن يأخذه ، ثم قال ما نصه : فإن أخذه فهل يملكه ؟ فيه وجهان جاريان في ما لو عشش الطائر في ملكه فأخذ الفرخ غيره ، وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه ، وفي ما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، لكن الأصح أن المحيي يملك ، وفي هذه الصورة ميلهم إلى المنع أكثر . انتهى كلامه .

واعلم أن هذه المسألة وهي الكلام على الملك في التعشيش ونظائره مذكورة في الرافعي و « الروضة » في أربعة مواضع :

أحدها : في أوائل إحياء الموات .

والثاني : في أواخره .

والثالث : ما ذكرناه في هذا الباب .

والرابع : في باب الصيد .

واختلف فيـها كلام الرافعي والنووي معًا ، وسـوف أذكره إن شاء الله تعالى مبسوطًا في باب الصيد فراجعه .

كتاب القسم والنشوز

قوله في أصل « الروضة » : ويحرم عليه أن يجمع بين زوجتين أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن . انتهى .

وهذا الكلام يوهم أنه لا يحرم عليه الجمع بين الزوجة والسرية أو السراري وليس كذلك ، بل يحرم أيضًا كما في الزوجات ، كذا ذكره الروياني في « البحر » ولم يحك فيه خلافًا والرافعي ـ رحمه الله ـ عبر بالضرة والضرتين ، فعدل النووي عنه إلى الزوجتين والزوجات ، ولقائل أن يلتزم إطلاق الضرة على الزوجة والسرية ، وحينئذ يستقيم كلام الرافعي، لكن الجوهري فسر الضرة بالزوجة .

قوله : ومن يعمل ليلاً ويسكن نهاراً كالأتوني والحارس فعماد قسمة النهار والليل تابع . انتهى .

الأتوني منسوب إلى الأتون بهمزة مفتوحة ثم تاء بنقطتين من فوق مشددة وفي آخره نون ، وهو الذي توقد به النار من حطب أو غيره ، وأما المنسوب فإنه الشخص الموقد .

قوله : وأما النهار فلا يجب فيه التسوية بين النسوة في قدر إقامته في البيت ، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام ولا يدخل على غيرها إلا لحاجة العيادة . انتهى .

ذكر في « الروضة » نحوه وليس فيه تصريح بتحريم ذلك ، بل تعبيره بقول: « ينبغي » يشعر بالجواز ، ولكن قد جزم صاحب « التنبيه » بالتحريم ، وأقره عليه النووي في « تصحيحه » وحكى صاحب « الذخائر» في التحريم وجهين .

قوله : فرع : نقل صاحب « التهذيب » وغيره أنه إذا مرضت واحدة من

النسوة أو ضربها الطَّلْق ، فإن كان لها متعهد لم يبت عندها إلا في نوبتها، وإن لم يكن فله أن يبيت عندها ويمرضها بحسب الحاجة وقد خطر في الفرع شيئان :

أحدهما : أن التعهد إن فرض من الخادمة في التي تستحق الخادمة فبين وإن تبرع بذلك محرم أو امرأة فليس على الزوج إسكانه وإدخاله عليها فينبغي أن يكون الحكم كما لو لم يكن متعهد حتى يجوز له أن يبيت عندها. انتهى كلامه .

والذي ذكره ـ رحمه الله ـ هنا ذهول عما قرره هو وغيره في كتاب النفقات فإنهم قد نصوا على أن من لا تخدم لمنصبها يجب إخدامها إذا احتاجت إلى الخدمة لمرض ونحوه ، والتصوير الآن في المحتاجة فتكون كالتي تخدم لمنصبها والقاعدة أن المرأة لا يلزمها الرضى بخدمة الزوج عوضًا عن الخادم وأنها إذا ألفت خادمًا ، ولم يحصل فيه ريبة لم يجز إبداله إلا برضى المرأة ، وقد حذف من « الروضة » البحث المذكور فسلم من الاعتراض ، وتعبير الرافعي في أول كلامه بقوله : « أو ضربها الطَّلْق» هو كذلك في « الروضة » و « التهذيب » وكأنه مأخوذ من قولهم : ضرب الجرح ، إذا لَمَّ .

قوله : والثاني : لو مرضت اثنتان ولا متعهد ، فقد يقال : يقسم الليالي عليهما ويسوي بينهما في التمريض ويمكن أن يقال يقرع بينهما ، ويخص التي خرجت قرعتها كما يسافر بواحدة بالقرعة . انتهى كلامه .

قال في « الروضة » من « زوائده » : القسم أرجح .

قوله : فرع : لو كان الرجل يعمل تارة بالليل ويستريح بالنهار وتارة عكسه فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع ولأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع ؟ وجهان حكاهما

الحناطي . انتهى .

والأصح المنع لتفاوت الغرض ، كذا قاله في « الروضة » من «زوائده» .

قوله : والأولى أن لا يزيد على ليلة اقتداء برسول الله ﷺ ولو قسم ثلاثًا ثلاثًا فيجوز ولا تجوز الزيادة على الثلاث إلا برضاهن ، وقيل يجوز ، ثم قال ما نصه : وإذا قلنا بالجواز فإلى كم يجوز ؟ قال الإمام : إنه لا يجوز أن يبني القسم على خمس سنين مثلاً ، ولكن عن صاحب « التقريب » أنه يجوز أن يقسم سبعًا سبعًا لأن هذه المدة قد تستحق في القسم لتجدد النكاح ، وعن الشيخ أبي محمد وغيره أنه يجوز أن يزيد ما لم يبلغ مدة التربص في الإيلاء .

ثم قال : وإذا وقفت على ما ذكرنا لم نجر قبوله في « الكتاب » في حكاية الوجه الثالث على إطلاق . انتهى كلامه .

وعبارة الغزالي : « وقيل : لا تقدير » ، بل هو إلى اختياره ، وكلام الرافعي يقتضي أن أحدًا لم يقل بمدة الإيلاء فصاعدًا ، فإن مراد الغزالي ، إما مقالة صاحب « التقريب » وهي السبع ، وإما مقالة الشيخ أبي محمد وهي نقصانها عن مدة الإيلاء ، وقد تابعه أيضًا في « الروضة » على هذا الإنكار وبالغ فحذف مقالة الغزالي بالكلية واقتصر على المقالتين السابقتين، وما قالاه غريب ، فإن القول به بلا تقييد وجه ثابت صرح به الغزالي في «البسيط » وعبر بعبارة صريحة في التعميم ودافعة لهذا التأويل ، فقال : ومنهم من قال : لا تقدير بزمان ولا توقيت أصلاً وإنما التقدير إلى الزوج، ولم ينظر أحد إلى مدة الإيلاء ، وإن كان محتملاً . هذا لفظه ، ولو اطلعا عليه لم يذكرا ما ذكراه .

قوله : السبب الثاني : تجدد النكاح وهو يقتضي تخصيص الجديدة

بزيادة مبيت عند الزفاف وهي سبع ليال للبكر وثلاث للثيب ، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة ، ولو حصلت بمرض أو وثبة فعلى الوجهين في استئذانها نطقًا في النكاح . انتهى .

وما ذكره من حكاية وجهين في المريضة قد تابعه عليه في « الروضة » [مع أنه لم يتقدم لها هناك ذكر بالكلية .

قوله في أصل «الروضة» :] (١) : **ولو كانت الجديدة أمة ولا يتصور ذلك إلا في العبد فإن له نكاح أمة على حرة فوجهان : أصحهما : أنها كالحرة في استحقاق السبع والثلاث لأن المراد زوال الحشمة والأمة كالحرة فيه والثاني : لها نصف ما للحرة كالقسم . انتهى كلامه .**

وهذا الذي قاله من كونه لا يتصور إلا في العبد ذكره أيضًا قبل ذلك بنحو ورقة ، وهو غير صحيح ، بل يتصور أيضًا في الحر ، وذلك أن يكون تحته حرة لا تصلح للاستمتاع كما إذا كانت صغيرة أو هرمة أو غائبة أو مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء أو مفضاة لا تحتمل الجماع فإن الأصح في هذه الصور كلها عنده جواز نكاح الأمة عليها ، كذا صححه في « المنهاج » ، وهو الذي يشعر به كلام « الروضة » لكن الرافعي يميل إلى المنع كما تقدم الكلام عليه في موضعه فكذلك ذكر هنا أنه لا يتصور إلا في العبد ، ثم إن النووي في « الروضة » وافقه عليه غير مستحضر لما قرره هناك فوقع في الخلل .

قوله : وإذا ابتدأ بالحرة ثم عتقت الأمة في نوبتها ـ أي نوبة الحرة ـ فينظر إن عتقت في القدر المشترك بين الحرة والأمة بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرة قسم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ، وسوَّى بينهما ، وإن عتقت في الليلة الثانية لم يلزمه الخروج ، ثم إن كملها

---

(١) سقط من الأصل .

عند الحـرة بات بعد ذلك عند العـتيـقة ليلتين وإن خـرج نظر إن كملهـا في مـسجـد أو بيت صـديق لم يلزمه أن يـقضي مـا مضـى من تلك الليلة وإن كملها عند العتيقة فقد أحسن . انتهى ملخصًا .

فيه أمران تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهـما : أن ما ذكره في ما إذا عتـقت في الليلة الأولى من اقتصاره في الحرة على تلك الليلة ، ويبيت الثـانية عند العتيقة مـقتضاه ، أن ذلك واجب وليس كذلك ، بل محله ما إذا أراد الاقتـصار في حق العتيقة على ليلة فإن أراد توفية الحرة ليلتين ، وإقامة مثلهما عند العتيقة جاز ، صرح به إمام الحرمين ، فقال : إذا عتقت في الليلة الأولى أتمهـا ، ثم هو مخير إن شاء بات عند الحرة الـليلة الثانية ثم يبيت عند العـتيقة ليلتين، وإن اقـتصر عليهـا وبات عند العتيـقة ليلة ، فـإن المقدار الذي يضربه الزوج لا يتـحتم عليه الوفاء به فلو بدا له تقلل أو تكثر بعد الوفاء بالتسوية فلا معترض عليه هذا كلامه .

الأمر الثـاني : أن ما ذكره في القسم الثـاني وهو ما إذا عتقت في أثناء الليلة الثانية مـشكل لأن النصف الأول إن كان حقًا للحرة فـيجب إذا كمل الليلة أن لا يقضي جميعها ، وإن لم يكن حقًا خاصًا بها فيجب أن يقضيه إذا خرج على الفور ، وقـد استضعف الإمام قول الصـيدلاني أنه إذا خرج عندما عتقت فلا يبيت عند الأمة إلا ليـلة واحدة فقال بعد نقله عنه خاصة ينبغي أن يقيم عندها ليلة ونصفًا وإلا فهو ظلم .

قوله : ويستحب أن يخير الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثًا بلا قضاء وبين أن يقيم عندها سبـعًا ، ويقضي ، ثم قال : وإذا قام عندها سبـعًا قضى الكل إن كان بسؤالها وإلا قضى الأربعـة ، وذكر صاحب « المهذب » وجهين في أنه ما الذي يقضي إذا أقام سبعًا ؟

أحدهما : أنه يقضي الجميع .

والثاني : لا يقضي إلا ما زاد على الثلاث هكذا أطلقه ، ثم قال : فإن أراد ما إذا التمست حصل وجه أنه لا يجب القضاء على خلاف المشهور ، وإن أراد ما إذا لم تلتمس ، أو كلتا الحالتين حصل وجه أنه يجب القضاء ، وإن لم تطلب ولم تلتمس على خلاف المشهور هذا لفظه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ادعاه من حصول وجه بأنه لا يجب القضاء عند التماسها ليس كذلك بل الذي دل عليه كلام « المهذب » على هذا التقدير أن القضاء واجب ، ولكن هل يقضي السبع أم الأربع فقط ؟ وجهان فالصواب في التعبير أن يقول حصل وجه أنه لا يجب قضاء الثلاث ، وكلام « الروضة » أشد إيهامًا من كلام الرافعي فإنه قال عقب التفصيل المذكور ما نصه: هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب وحكى في «المهذب» في ما إذا أقام سبعًا وجهين في أنه يقضي السبع أم أربعًا هكذا أطلقها ، فإن أراد إذا التمسته حصل وجه أنه لا قضاء على خلاف المذهب هذه عبارته .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من قطع الأصحاب وأشعر به عبارة الرافعي أيضًا ليس كذلك فقد حكى صاحب « البيان » وجهين في ما إذا كان بسؤالها وزاد فقال : إن المشهور أنه يقضي الثلاث فقط فإنه عبر بقوله : وإن كانت ثيبًا كانت بالخيار بين أن يقيم عندها [ثلاثًا ولا يقضي ، وبين أن يقيم عندها] (١) سبعًا ويقضي ما زاد على الثلاث ، ومن أصحابنا من قال : يقضي السبع كلها ، والأول هو المشهور هذه عبارته ، وحكى الخلاف أيضًا الماوردي في « الحاوي » و الروياني في « البحر » .

قوله : ولو وفى حق جديدة ثم أبانها ثم تجدد نكاحها تجدد الحق في

---

(١) سقط من ب .

أصح القولين أو الوجهين ، ولو طلقها طلاقًا رجعيًا ثم راجعها فليس لها حق الزفاف لأنها باقية على النكاح الأول . انتهى .

تابعه في « الروضة » على الجزم بعدم الوجوب في الرجعية ، وينبغي بناؤها على الخلاف المشهور في أن الرجعية زوجة أم لا ؟ .

قوله في أصل « الروضة » : فرع في «فتاوي البغوي» أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرى فإن لم تكن أو كانت ، وكان لا يبيت عندها [لم يثبت حق الزفاف للجديدة كما لا يلزمه أن يثبت عند] (١) زوجته أو زوجاته إبتداءً . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الفرع ذكره الرافعي في آخر الفصل فنقله في «الروضة» إلى هذا الموضع وتابعه عليه ، ثم خالف في « شرح مسلم » فقال : الأقوى والمختار أنه يجب مطلقًا للحديث الصحيح في « مسلم » إذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ، وإذا تزوج البكر أقام عندها سبعًا .

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر هنا قبل المسألة التي نقلها النووي لما بعدها أنه لو نكح جديدتين ولم يكن في نكاحه غيرهما وجب لهما حق الزفاف على الصحيح سواء زفتا معًا أو على الترتيب ، وقيل : إن كانتا بكرين أو ثيبين ، ولم يكن في نكاحها غيرهما فليس لهما حق الزفاف، وهذه المسألة التى صححا فيها وجوب الزفاف هي المسألة السابقة بعينها إلا أنه صور تلك في إمرأة واحدة وهذه في امرأتين ولا أثر لذلك بلا شك ، والغريب أن البغوي في «فتاويه» ذكر المسألتين كذلك في موضع واحد إلا أنه لم يصحح في الثانية شيئًا فأخذه منه الرافعي وفرق حكمه .

---

(١) سقط من أ .

قوله : وكذلك لو كان يقسم بين نسائه فخرج في نوبة واحدة للضرورة بأن أخرجه السلطان فيقضي لها من الليلة التي بعدها ـ مثل ما خرج ، والأولى أن يراعى الوقت فيقضي لأول الليل من الأول والأخر من الآخر . انتهى كلامه .

وهذه الصورة التى تكلم الرافعي فيها وإن كان حكمها صحيحًا إلا أن الغزالي في « الوجيز » لم يفرضها كذلك ، بل فرضها في ما إذا بات ابتداء عند واحدة نصف ليلة فترك الرافعي تلك الصورة وصورها بما رأيت .

قوله : ثم إن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوبة بات عندها الليلتين على الولاء وإن كانت منفصلة عنها فوجهان : أحدهما أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوبة يبيت عندها ليلتين لأنه أسهل عليه ، والمقدار لا يختلف وقياس هذا أنه إذا كانت ليلتا الواهبة أسبق وبات فيها عند الموهوبة يجوز أن يقدم ليلتها ويبيت عندها الليلة الثانية أيضًا .

وأصحهما : أنه لا يجوز الموالاة . انتهى .

وما ذكره من القياس تابعه عليه في « الروضة » وهو قياس مردود لأن الفرق ظاهر لأنه لا يلزم من استتباع ليلتها لليلة الواهبة؟ لأصالتها في حقها استتباع ليلة الواهبة لليلتها لقرعتها إذ الأصل متبوع والفرع تابع .

قوله : وإن وهبت حقها من الزوج ، فهل له أن يخصص واحدة بنوبة الواهبة ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم وهو الذي أورده العراقيون وتابعهم الروياني وغيره .

والثاني : لا ، وبه أجاب العبادي والغزالي في « الوجيز » . انتهى ملخصًا.

وحاصله رجحان الأول ، وقد صرح به في « المحرر » فقال : إنه أقرب الوجهين ورجح في « الشرح الصغير » الثاني .

فقال ما نصه : فيه وجهان :أحدهما : نعم لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء، وأشبههما : المنع وهو المذكور في الكتاب يعني « الوجيز » إذ التخصيص يظهر الميل ويورث الوحشة .

قوله : للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت ويعود حقها في المستقبل ، وأما ما مضى فلا يؤثر فيه الرجوع ، وكذا ما فات قبل علم الزوج وخرج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم ، والمذهب الأول ثم قال : وشبهه الغزالي بما إذا أباح ثمرة بستانه لإنسان ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع ، وفي هذه الصورة طريقان محكيان في ما علق عن الإمام فعن الشيخ أبي محمد أن في وجوب الغرم لما يتناوله بعد الرجوع قولين كما في مسألة عزل الوكيل ، وعن أبي بكر الصيدلاني أنه لا يغرم لأن الغرامات لا فرق فيها بين الجهل والعلم ، وإلى التغريم مال الإمام. انتهى كلامه .

وما ذكره عن الإمام من ميله إلى الغرم تابعه في « الروضة » عليه وليس كذلك بل جزم في « النهاية » بعدم الغرم فقال ما نصه : فلو مضت نوب والزوج لم يشعر برجوعها فتلك النوب لا يستدرك لها ، وكذلك لو أباح رجل لإنسان ثمار بستان أو غيرها مما يقبل الإباحة وكان المستبيح يتمادى على تعاطي ما أبيح له فلو رجع المبيح ولم يبلغ خبر رجوعه من أبيح له فالإباحة دائمة قائمة في حقه ، وقال شيخي: إذا رجعت المرأة ولم يشعر الزوج فالمسألة تخرج على القولين المعروفين في أن الموكل إذا عزل الوكيل فهل ينعزل ؟ فعلى قولين ، وهذا الذي ذكره جار على ظاهر القياس ولكن اشتراط ظهور الخبر أغوص وأفقه هذا كلامه وهو يقتضي أن مسألة الثمار لا خلاف فيها ، ولهذا استدل بها على رجوع الزوجة وكأن الرافعي ظن أن ما ذكره الإمام في تقوية كلام شيخه عائد إلى إباحة الثمار فصرح به .

قوله : إذا ظلم واحدة فقد سبق أنه يجب القضاء وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه ، ثم قال : ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها ثم عادت إلى نكاحه [أو فارقهما ثم عادتا] [1] وجب القضاء ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة . انتهى .

وهذا الذي ذكره من كون القضاء إنما يمكن إذا كانت المظلومة بسببها في نكاحه جزم به أيضًا النووي وغيره وهو باطل بلا شك فيه ، فإن القاعدة أن المبيت عند الزوجة لا يجب ، وحينئذ فنقول : إذا ظلم امرأة ووجب عليه القضاء ففارق المظلوم بسببها فيقال له : ليس لك ترك المبيت مطلقًا في هذه الحالة كما كنت تتركه عند عدم الظلم ، بل اقض ما عليك لأنه يمكنك الإتيان به ، وإذا أمكنك وجب عليك فعله ، ثم بعد ذلك أنت بالخيار في المبيت ، وهذا واضح بين ، وكأن الذي أوقعهم في ما وقعوا فيه اطراد العادة بالمبيت عند الزوجة مع عدم استحضار أنه غير واجب ثم بعد ذلك رأيت الغزالي في « البسيط » قد تعرض لما ذكرته واستدركته ، فقال : لو بانت منه اللواتي ظلم لهن وبقيت المظلومة وحدها عندي أنه يقضي لها وإن كنا لا نوجب الإقامة عند الفردة لأنه حق لها استقر لها فلا يسقط ببينونة غيرها ، ولم أر المسألة مسطورة . هذا كلامه .

قوله : قال المتولي : لو قسم لواحدة فلما جاءت نوبة الأخرى طلقها قبل توفية حقها عصى لأنه منعها حقها بعد ثبوته ، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعيًا . انتهى .

وهذا النقل ليس مختصًا بالمتولي بل هو مشهور حتى في « التنبيه » .

قوله : ولو نقل بعضهن بنفسه وبعضهن بوكيله بلا قرعة قضي لمن

---

(١) سقط من الأصول ، والمثبت من الروضة .

بعثها مع وكيله ، ويجوز أن يفعل ذلك بالقرعة ، قاله في « التهذيب » . انتهى كلامه .

وهو ساكت عن القضاء في القسم الثاني وهو ما إذا فعل بالقرعة، وربما يشعر بعدم القضاء ، والمسألة فيها وجهان في « التنبيه » : والأصح منهما في « الروضة » وتصحيح « التنبيه » وجوب القضاء .

قوله في الكلام على الشقاق : وأما الهجران في الكلام فممنوع وفي ما علق عن الإمام حكاية وجهين في أنه محرم أو مكروه ، وحكي عن نص الشافعي أنه لو هجرها بالكلام لم يزد على ثلاثة أيام فإن زاد أثم . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن الإمام في «النهاية» قد نقل عن شيخه المنع في ما زاد على الثلاثة ثم اختار خلافه فقال : وفي هذا نظر عندي ولو رأى استصلاحها في مهاجرتها في النطق فلست أرى ذلك ممنوعًا وهو أهون من الضرب ،هذه عبارته وقد بان لك أن الخلاف ثابت في «النهاية» وأنه على غير الكيفية التي حكاها عنه الرافعي فإن الكراهة لا ذكر لها بالكلية ، بل يحرم ذلك على وجه ويباح أو يستحب على رأي الإمام .

الأمر الثاني : أن مقتضى كلام الرافعي إثبات الخلاف في ما زاد على ثلاثة أيام وإثباته في هذه الحالة [أوضح] (١) فإن ذلك بقصد الإصلاح فجوزناه على وجه كما في الأجنبي فإنه يجوز فيه في هذه الحالة جزمًا كما ستعرفه هنا وفي كتاب الأيمان ، وحرمناه على وجه آخر لأن تأديب المرأة يحصل بطريق آخر لعله أبلغ من الضرب ، وهو الهجر في الفراش بخلاف الأجنبي ، وإذا علمت ذلك فقد استدرك عليه في « الروضة » استدراكًا

(١) في جـ : واضح .

مردودًا ، فقال : الصواب الجزم بتحريم الهجران في ما زاد على ثلاثة أيام وعدم التحريم في الثلاثة للحديث الصحيح : « لا يحل للمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » (١)، قال أصحابنا وغيرهم : هذا في الهجران لغير عذر شرعي فإن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما أو كان فيه صلاح لدين المهاجر أو المهجور ، فلا يحرم وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه (٢) . هذا كلام «الروضة » وفيه كلام آخر يأتي في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى ، وأشار النووي لصاحبى كعب إلى هلال ابن أمية ومرارة ابن الربيع وهم الذين أشار إليهم الباري تعالى بقوله : ﴿ وَعَلَى الثَّلاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا ﴾ [التوبة : ١١٨] أى خلفهم النبي ﷺ عن قبول توبتهم ظاهرًا إلى نزول الوحى قال ابن معن في «التنقيب» وإذا أردت ضبط الثلاثة فاستحضر أن أول أسمائهم مكة وآخر أسماء آبائهم عكة .

قوله : الثانية : أن يتحقق نشوزها لكن لا يتكرر ولا يظهر إصرارها عليه فيعظها ويهجرها ، وفي جواز الضرب قولان ميل ابن الصباغ إلى الجواز وساعده الشيخ أبو إسحاق ، ورجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع. انتهى ملخصًا .

رجح الرافعي في « المحرر » أنه لا يجوز فقال : وفي جواز الضرب قولان : أولهما المنع ، وكلام « الشرح الصغير » يشعر برجحان الجواز ، وصرح بتصحيحه النووي فقال في « المنهاج »: إنه الأظهر ، وفي «الروضة» من زوائده : إنه المختار ، واعلم أن شرط جواز الضرب أن يحصل به الإقلاع وإلا فلا يجوز ،كذا ذكره الرافعي في باب التعزير .

(١) أخرجه البخاري (٥٧١٨) ومسلم (٢٥٥٩) من حديث أنس بن مالك ﷺ .
(٢) أخرجه البخاري (٤١٥٦) ومسلم (٢٧٦٩) .

قوله : وتصير المرأة ناشزة بأمور منها الخروج من المسكن . انتهى .

يستثنى من ذلك خروجها إلى القاضي لطلب حقها منه ، وكذلك خروجها إذا أعسر بالنفقة سواء رضيت بإعساره أم لم ترض ،وقد ذكره واضحًا في كتاب النفقات .

قوله : وهل يؤدبها الزوج على شتمه أو يرفع الأمر إلى الحاكم ليؤدبها؟ فيه وجهان ولو مكنت من الجماع ومنعت سائر الاستمتاعات فهل هو نشوز يسقط النفقة ؟ فيه وجهان . انتهى .

والأصح في الأولى أنه يؤدب كذا جزم به الرافعي في باب التعزير وصححه في « الروضة » هنا من زوائده وعلله بأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعارًا ، والأصح في الثانية أنه نشوز كذا صححه أيضًا من زوائده .

قوله : الحال الثاني : أن يتعدى الرجل عليها بضرب ونحوه أو يتعدى كل منهما على الآخر فيسكنها الحاكم بجنب ثقة ينظر في أمرها ، ويمنع الظالم منهما من التعدي ، ثم قال : ولم يتعرضوا للحيلولة، وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود إلى العدل .

قال : ولا يعتمد في العدل على قوله وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن. انتهى كلامه .

وما ذكره من أن غير الغزالي لم يتعرض للحيلولة قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو غريب فقد جزم به الإمام في موضع من هذا الباب ، فقال : وإذا كان حسورًا لا يأمن أن يضربها ضربًا مبرحًا ، وقد يفضى ذلك إلى هلاكها فيحيل بينه وبينها ، ثم قال : ولا يضرب القاضي حيلولة بينهما بمجرد الظن إذا لم تبدر منه بادرة ، فإن بدرت فقد نديم الحيلولة إلى ظهور الظن ، وإذا تحقق الإضرار بها فليس إلا الحيلولة . هذا كلامه .

وذكر أيضًا ما ذكره الغزالي من اعتماد قولها دون كلامه .

قوله : ولو جن أحد الزوجين أو أغمي عليه لم يجز بعثهما، وقيل الإغماء لا يؤثر إن قلنا وكيلان كالنوم حكاه الحناطي، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة . انتهى .

وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه ، قد تابعه عليه في «الروضة » وهو غريب فقد سبق ذلك في الوكالة من كلامهما وأن جماعة اختاروه منهم الإمام والغزالي ، بل في الجنون الذي لا يمتد وجه تقدم أيضًا .

قوله : وإذا اشتد الشقاق بينهما وداما على التضارب فيبعث القاضي حكمًا من أهل الزوج وحكمًا من أهلها لينظر في حالهما ، وهل بعث الحكمين واجب ؟ لفظ صاحب « التهذيب » أن على الحاكم أن يبعث حكمين وهو يشعر بالوجوب وقد يحتج له بظاهر الآية ، وقال الروياني في « الحلية » : المستحب للحاكم أن يبعث الحكمين . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن الصحيح هو الاستحباب فقد نص عليه الشافعي ، ونقله عنه صاحب « البحر » ، فقال : قال الشافعي : المستحب للحاكم أن يبعث عدلين ، والأولى أن يكون واحد من أهله وواحد من أهلها هذه عبارته .

الأمر الثاني : أن ما نقله الرافعي عن « حلية الروياني» ليس مطابقًا لما فيها ، فإن عبارته ليست صريحة في ما قاله ، ولا ظاهرة فإنه قد عبر بقوله المستحب للحاكم أن يبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها هذا لفظه ، وهو كما يحتمل أصل البعث يحتمل البعث من أهلها ،فيكون الموصوف بالاستحباب هو البعث المقيد .

الثالث : أن النووي في «زوائد الروضة » قد صحح الوجوب فقال :إنه

الأصح أو الصحيح .

والذي قاله مـردود فإنه مخالف لنص إمـامه ومذكور من غـير اطلاع على النص المذكور، فـالعجب من كتاب موضـوع للفتوى ويتمـسك مثل هذين الإمامين فيه بعـبارة محتملة صادرة عن متأخر وكـلام إمام المذهب موجود في المسألة ماض على خلافه .

قوله : ولا يشـترط كون الحكمين من أهل الـزوجين ، وفي ما علق عن الإمام اشتراطه . انتهى كلامه .

وهذا النقل عن الإمام قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو عجيب مردود ،فقد جزم الإمام في « النهاية » بعدم الوجوب وادعى الإجماع عليه فقال : وهذا مـستحب غير مسـتحق إجماعًا هذه عبـارته ، ذكر ذلك قبل كتاب الخلع بنحو ورقة .

قـوله : ولو قال خـذ مالـي وطلقهـا فهل : يـشتـرط تقديم أخـذ المال ، وجهان: أصحهما عند البغوي : نعم . انتهى .

وما صـححـه البغـوي وأقره عليـه، قد نقل عنه في بـاب التدبيـر ما يوافقه، وسوف أذكر لفظه في موضعه فراجعه ،غير أن القاعدة والمصرح به أيضًـا في باب تعليق الـطلاق من الرافـعي في الطرف المعـقـود لأنواع من التعليقات أن الواو لا يشترط معها ترتيب ، قال : وأشار في « التتمة » إلى وجه تفريعًا على أنها تقتضي الترتيب .

[كتاب الخلع

وفيه أبواب :

الأول في حقيقة الخلع] [١]

قولـه : وفسـر الخلع في الشريعـة بالفرقـة على عوض يأخـذه الزوج . انتهى .

وهذا التـفسـير ذكـره في « الشرح الصـغيـر » أيضًا وتبـعه عليـه في «الروضة» ، ولكن وصف العوض بأخـذ الزوج له يخرج عنه أمور ،وهي ما إذا خالعها على ما يثـبت لها عليه من حق القصاص ، ومن الديون وما أشبه ذلك ، نعم نقل في أواخر تعليق الطلاق عن «فتاوى القفال» من غير مخـالفة له ما حـاصله أنه لابد في العوض أن ترجع فـائدته إلى الزوج ، فقـال : إذا علق الطلاق على البراءة مما لـها عليه كـان الطلاق بائنًا ، وإن علقه على البراءة مما لها على غيره كان رجعيًا ، فالصواب حينئذ في تفسير الخلع أن الفرقة على عوض راجع إلى الزوج .

قـوله : وإذا أكرههـا بالضرب ونحـوه حتـى اختلعت فـقالت مـبتـدئة خالعني على كذا ففـعل لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يسم مالاً ، وإن سماه لم يقع الطلاق لأنها لم تقبل مختارة ، وفي « التتمة » وجه أنه وإن لم يسم المال لا يقع الطلاق لأنه قصـد ترتيب كلامه على كـلامها . انتهى .

ذكر مـثله في « الروضة » والكلام عليه مـتوقف على مقـدمة وهي أن

---

(١) بياض في أ .

الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ، هل يقتضي ثبوت المال ؟ وجهان : أصحهما على ما دل عليه كلام الرافعي و « الروضة »: نعم للعرف ، فإن قلنا لا يقتضي المال ، وقلنا بالصحيح أن الخلع طلاق ، أو جعلناه كناية ، ونوى كان رجعيًا ، وإذا علمت ذلك فنعود إلى مسألتنا فنقول الزوج مبتدئ في مسألتنا لأن لفظ المرأة المتقدم ساقط لأجل الإكراه ، وإذا كان مبتدئًا فيقع ثانيًا بمهر المثل على المعروف ، وحينئذ فالذي جزم به الرافعي ، وتبعه عليه في « الروضة » وجه ضعيف فاعلمه .

نعم صور صاحب «التتمة » المسألة بما إذا عبر الزوج بلفظ الطلاق ، ولم يعبر بلفظ الخلع ، فذهل الرافعي عن ذلك .

قوله : فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكناياته ، وإن كان بلفظ الخلع فطلاق أيضًا على الجديد حتى ينقص العدد ، والقديم أنه فسخ ، فإن قلنا : إنه طلاق ففي « الأم » أنه كناية، وصححه الروياني وغيره وفي « الإملاء » : إنه صريح، واختاره الإمام والغزالي والبغوي ، وهذا كله إذا ذكر المال فإن لم يذكر فكناية ، وقيل على القولين . انتهى .

ذكر نحوه في الروضة أيضًا ، والأصح عند ذكر المال أنه صريح ، كذا صححه الرافعي في « المحرر » والنووي في « المنهاج » وصاحب « الحاوي الصغير » .

قوله في « الروضة » : ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ فهل يكون طلاقًا أم فسخًا لكونه صريحًا ؟، فيه وجهان إختيار القاضي الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . انتهى .

لم يرد في هذه المسألة على ذلك ، والرافعي لما ذكر الوجه الثاني القائل بأنه طلاق عقبه بقوله : وإيراد صاحب « التهذيب » يشعر

بترجيحه، وقطع به بعض أصحابنا العراقيين هذا لفظه ، وعبر في « الشرح الصغير » بقوله : قطع به قاطعون، ولم يزد في الأول على أن قال : إنه المذكور في الكتاب ، وقال في « الشرح الكبير » أنه المذكور فيه ، وفي «التتمة » وهذا لا يقتضي ما زعمه في « الروضة » من القطع وبالجملة ففي « الروضة » إخلال بشيئين :

أحدهما : حذف الطريقة القاطعة بالطلاق .

والثاني : حذف ما يؤخذ منه ترجيحه وهو ما نقله عن البغوي أنه رجحه وكذلك القطع من بعضهم به .

قوله في أصل « الروضة » : ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالعها فإن قلنا الخلع فسخ لم ينفذ ، وإن قلنا طلاق قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا أنه لا ينفذ أيضًا لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعد الدخول . انتهى كلامه.

وهذا التعليل يقتضي تخصيص عدم النفوذ بما بعد الدخول أو عدم مطابقة التعليل للحكم ، وبالجملة فهذا الخلل وقع من اختصار النووي ، وكلام الرافعي صحيح فإنه قال : وإن قلنا : إنه طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا أنه لا ينفذ أيضًا لأن للخلع صيغة وللطلاق صيغة، فإن كان قد قال ذلك قبل الدخول فنقطع بعدم النفوذ لأنه وكل بطلاق رجعي فليس للوكيل قطع الرجعة ،هذا لفظ الرافعي وهو صحيح وكأنه سقط لذهول أو غيره .

قوله في المسألة : وبمثله أجاب ـ أي بعدم النفوذ أيضًا ـ البوشنجي في ما إذا وكله بالطلاق فطلق على مال إن كان بحيث يتوقع الرجعة ، وإن لم يكن فإن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة [الثانية] (١) فقد ذكر فيه احتمالين : وجه النفوذ أنه حصل عرضه مع فائدة ، ووجه المنع أنه

(١) في ب : الثالثة .

ليس مفهومًا من التوكيل المطلق في الطلاق ، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكمًا وتوجيهًا . انتهى كلامه .

وحاصله القطع بعدم نفوذ الطلاق حيث كان ذلك يؤدي إلى بطلان الرجعة ، إن لم يؤد إلى بطلانها ففي نفوذه احتمالان لكنه جزم بعد ذلك في الباب الثاني قبيل الركن الخامس نقلاً عن «فتاوى القفال» بوقوع الطلاق وعدم ثبوت المال حيث كان التوكيل يقتضي أنه لا رجعة ، ثم زاد على وقوع الطلاق ، ومال إلى وجوب المال ، وتبعه في « الروضة » على الموضعين ، والمذكور هناك هو المعتمد عليه ، وستعرف لفظه فيه إن شاء الله تعالى .

قوله : أيضًا في أصل « الروضة » : وإن أتى الزوج بصيغة تعليق نظر إن قال : متى أعطيتني أو متى ما أو أي وقت أو حين أو زمان غلب معنى التعليق وتثبت أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء ، وإن قال : أعطيتني أو إذا أعطيتني فله بعض أحكام التعليق فلا يحتاج إلى القبول لفظًا ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء ، وقيل : يجوز له الرجوع ، حكاه البغوي ، وقطع به صاحب « المهذب » ، وله بعض أحكام المعاوضة ، وهو اشتراط الإعطاء في المجلس ، واختار صاحب « المهذب » إلحاق إذا بمتى وحكى وجه شاذ أن كلمة إن كمتى في أنه لا يشترط التعجيل . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله ـ رحمه الله ـ عن « المهذب » في إذا من القطع بجواز الرجوع غلط عجيب فقد صرح في « المهذب » بحكاية خلاف وزاد فاختار عدم الرجوع فقال ، وإن كان بحرف إذا بأن ، قال : إذا ضمنت

لي ألفًا فأنت طالق فـقد ذكر جماعة من أصحـابنا أن حكمه حكم قوله إن ضمنت لي ألفًا في اقتضاء الجواب على الفور ، وفي جواز الرجوع فيه قبل القبول ، وعندي أن حكمه حكم متى، هذه عبارة «المهذب » ، ثم إن كلام « الروضة » كلام عجيب أوله ينافي آخره فإنه نقل عنه أولا جواز الرجوع فيـها ، ثم نقل عنه ثانيًـا إلحاقهـا بمتى ، ومتي لا يجـوز الرجوع فيـها ، وبالجملة فهذا الغلط والتناقض قد سلم منه الرافعي ـ رحمه الله ـ فإنه نقل عنه الموضع الثـاني كما في « الروضـة » ، وأما الأول وهو جـواز الرجوع فنقله عنه في أن خاصة فضم النووي معـه إذا غلطًا وسببه تحريف كلمة في ما يظهر ، لأن الرافعي عبر بقوله فـيكون إن فتحرفت بقوله فيكونان أعني بألف التثنية .

الأمـر الثـاني : أن صاحب « التهـذيب » قد اختلف كلامـه فجزم في «التنبيه » بإلحاق إذا بأن كما ذهب إليه الجمهور .

قوله : ثم قال المتولى : اشتراط الإعطـاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة أما إذا كانت أمة ، وقال : إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق، فلا يعتبر الفور في الإعطاء بل يقع الطلاق مـهما أعـطته ، وإن امتـد الزمان لأنهـا لا تقدر على الإعطاء في المجلس لأنه لايد لهـا في الغالب ولا ملك بخـلاف ما إذا قال : إن أعطيتني زق خـمر فأنت طالق حيث يشـترط الفور ، وإن لم تملك الخمـر لأن يدها قـد تشتـمل على الخمـر ، قال : ولو أعطتـه الأمة ألفًـا من كسبها حصلت البينونة لوجود الصـفة ، وعليه رد المال إلى السيد ومطالبتها بمهر المثل إذا عتقت . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله هنا عن المتولى من حصول البينونة إذا أعطته الأمة ألفًا من كسبهـا ، وأقره عليه قد ذكر خلافه بعـد ذلك في أواخر الباب الثالث نقلاً عن الـبغوي ، وأقـره عليه أيضًـا ، وسأذكر لفظه هنـاك إن شاء الله

تعالى ، والذي ذكره صاحب « التتمـة » جزم به أيضًا القاضي الحسين في «تعليقه» .

قـوله : وقـد سبق في البيع أنه لو قـال بعني هذا بألف فـقـال : بعت بخـمس مائة لا يصح ويمكن أن يقـدر فيـه خلاف لأنا حكينا في البيع عن فتاوى لقفال أنه لو قال بعتك بألف درهم فـقال: اشتريت بألف وخمسمائة أنه يصح البيع ، والصورتان متشابهتان . انتهى كلامه .

وهو يقتضي أن البطلان مقطوع به في المذهب وأنه لم يظفر بخلاف في المسألة ولهذا حاول تخريجـه ، وتبعه أيضًا على ذلك في « الروضة » وهو غريب فـسيأتي في آخـر الفصل الثاني من البـاب الرابع حكاية خلاف في المسـألة ، فقـد قال في « الروضـة » هناك : ولو قال الراغب في البـيع : يعني بألف ، فقال : بعتك بخمسمائة ، فقد ذكر الشيخ أبو على وغير فيه وجهين أحدهـما : يصح لأنه زاد خيرًا فـصار كما لو وكله في شـراء عبد بألف فاشتراه الوكيل بخمسمائة .

وأظهـرهما : المنع لأنه مـعـاوضة مـحضـة . هذا لفظه ، والرافـعي حكاهما احـتمـالين للأصحاب ، ومـعناهما ومـعني الوجهين واحـد فإن احتـمالات أصـحـاب الوجوه وجـوه ، وقـد جـعل الرافـعي إحتـمالات الإمـام وجـوهًا في مـواضـع من « الشـرحين » و « المحـرر » وتـابـعـه عليـهـا فـي « الروضـة » و «المنهاج » لولا خـشـية الإطالة لذكـرت تلك المواضع، لكن سـتأتي مـفرقـة في أبوابهـا ، وكون الإمـام من أصحـاب الوجوه، قـد صرح به أيضًـا ابن الصلاح في فـتاويه وعـد معه الشـيخ أبا إسحاق والغزالي ، وقد حذف النووي من « الروضة » محاولة التخريج من الموضع الأول فسلم من الاعتراض .

قـوله : هذا بيان لما قـاله الأصحـاب أن الخلع مـعاوضـة ، وفيـه شائبـة

التعليق من جانب الزوج وشائبة الجعالة من جانب الزوجة ، وقد ظهر أن الغالب على الخلع أحكام المعاوضات ، وربما يولجها شيء من أحكام التعليق أو الجعالة لأن العرف نزاع . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره هنا من كون الخلع من جانب المرأة أيضًا معاوضة قد خالفه في أوائل الباب الرابع فجزم بما حاصله أنه ليس بمعاوضة ، بل جعالة ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى، وتعبير الرافعي بالشائبة لحن والصواب الشوب وهو الخلط ، وقد نبه عليه النووي في « الدقائق » والتولج، الدخول ،ونزاع بتشديد الزاي أي ربما دخلها شيء من أحكام التعليق أو الجعالة ، وغلب ذلك على المعاوضة ، لأن العرف في الحيوان قد ينزع بالنسل والنتاج من مشابهة أحد أبويه إلى أصل من أصوله فكذا في القواعد.

قوله : فأما الكلام اليسير إذا تخلل بين الإيجاب والقبول فقد أطلق الإمام فيه حكاية وجهين وقال : الصحيح أنه لا بأس به واحتج محتجون لهذا الوجه منهم القاضي الحسين ، بأن الشافعي ﷺ نص على أنه لو قالت له أمرأتاه طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم طلقهما كان الطلاق موقوفًا ، فإن رجعنا إلى الإسلام في العدة لزمهما ، ثم قال ـ أعني الرافعي : فمن احتمل تخلل الكلام اليسير احتج بهذه المسألة ، فإن تخلل الردة لم يقطع الارتباط بين الكلامين حتى حكمنا بصحة الخلع عند العود إلى الإسلام . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن المفهوم من هذا الكلام أن الراجح أن تخلل الكلام اليسير لا يقدح، ولأجل ذلك صرح بتصحيحه النووي في أصل « الروضة » ولكنه نقله إلى الباب الثاني ، وهذه المسألة قد ذكرها الرافعي في مواضع من كتابه واختلف فيها كلامه ، وكذلك كلام « الروضة » أيضًا ، وقد

تقدم بسط ذلك في أوائل النكاح فراجعه .

الأمر الثاني : أن مسألة الردة لا تدل على ما ادعاه الرافعي فإنه إنما يدل أن لو كانت الردة مستلزمة للقول ، وليس كـذلك فقد تكون بالفعل كإلقاء المصحف في القـاذورات ونحوه ، وقـد تكون أيضًا بالاعتـقاد كـما يأتيك واضحًا في بابه .

الباب الثاني
في أركان الخلع

قوله : وإن اختلعت ـ أى الأمة ـ التي لم يأذن لها السيد على دين حصلت البينونة والمستحق عليها مهر المثل كما لو تزوج العبد بغير إذن السيد ووطئ يكون الواجب مهر المثل أو المسمى ويصح التزامها ويرفع الحجر عما يتعلق بالذمة ، فيه وجهان أو قولان متشابهان بالخلاف في صحة شرائه وضمانه بغير إذن السيد والذي أجاب به العراقيون ثبوت المسمى ، ويحكى ذلك عن اختيار القفال ، والشيخ أبى على أيضًا ، لكن لفظ «الكتاب» يقتضي ترجيح القول بأن المستحق مهر المثل ، وهو المذكور في « التهذيب » والموافق لما مر في الشراء والضمان ، فإن الأصح فيهما البطلان . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من التردد في أن الخلاف قولان أو وجهان ذكره أيضًا في « الشرح الصغير » و « الروضة » ، والراجح أنه قولان ، كذا هو مجزوم به في « المحرر » و « المنهاج » .

الأمر الثاني : أن الأصح عند الرافعي من هذا الخلاف هو إيجاب مهر المثل ، كذا صرح به في « الشرح الصغير » فقال : أرجحهما أن المستحق عليها مهر المثل هذا لفظه ، ولم يذكر ترجيحًا غيره ، وصرح به أيضًا في « المحرر » فقال : أنه أظهر القولين .

الأمر الثالث : أن النووي قد صحح في أصل « الروضة » وجوب المسمى ، وصححه أيضًا في أصل « المنهاج » على العكس مما قاله الرافعي ولم ينبه عليه ، وهو غريب جدًا فتفطن له .

الأمـر الرابع : أن هذا ليس نظير الشراء بغير إذن السيد حتى يستدل الرافعي به على وجوب مهر المثل لأن الرافعي قد استدل في البيع على البطلان بأنه لو صح لما أمكن أن يجعل المبيع للعبد لكونه لا يملك ولا للسيد لكونه غير من لزمه الثمن ، وهذا المعنى يحصل به التفرقة بينهما تفرقة ظاهرة لأن البضع لا يجيء فيه ذلك لا سيما والخلع من الأجنبي يصح مع أن البضع لا يحصل له .

قوله في أصل « الروضة » : فرع : اختلاع المكاتبة بغير إذن سيدها كاختلاع الأمة بغير إذنه ، وإن اختلعت بإذنه فالمذهب المنصوص هنا أنه كاختلاع بغير إذن ، وقيل كاختلاع الأمة بالإذن . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من تصحيح البطلان غلط على العكس مما في الرافعي فإن المذكور فيه تصحيح الصحة ، فإنه قال ما نصه : وإن اختلعت بإذنه فطريقان : أظهرهما : إنه على القولين في هبة المكاتب وتبرعاته بإذن السيد هذا لفظه وذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا فانعكس على الشيخ محيي الدين فجعل المذهب المنع ثم أنه أخذ بما قرره في « الروضة » فذكره في «تصحيح التنبيه » أيضًا ، وقد ظهر لك أنه وهم فاحذره ، وقد ذكره هو ـ أعني النووي ـ في « الروضة » أيضًا على الصواب في الباب الثاني من كتاب الكتابة في الحكم الثالث منه فقال : إن الأظهر الصحة ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى ، وصرح الرافعي أيضًا هناك في « الشرحين» و « المحرر » بتصحيحه وهو مقتضى كلام «المحرر » و « المنهاج» فإن قلت :قد سبق في الوصية أن اختلاع المريضة بمهر المثل يحتسب من رأس المال كما لو اشترى شيئًا بقيمته أو تزوج امرأة بمهر مثلها فلم يجعلوه تبرعًا بخلاف خلع المكاتبة فالجواب أن ملك المريض أتم؛ ولهذا أوجبنا عليه نفقة الموسرين ، وجوزنا له أن يصرف ماله فيما ما شاء بخلاف المكاتب .

قوله : ولو كانت له امرأتان مطلقة ومحجور عليها فقال طلقتكما على كذا فقبلنا وقع الطلاق على المطلقة بائنًا وعليها مهر المثل على الأصح، وعلى السفيهة رجعيًا إلى آخره .

المطلقة بسكون الطاء وتخفيف اللام هى الرشيدة والأصل المطلق يصرفها فحذف المعمول وأسند الفعل إليها توسعًا ، وقد أظهر في « الروضة » المراد فعبر بالرشيدة .

قوله : ولو قال لصغيرة مميزة : أنت طالق على كذا ، فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعى أم لا يقع شيء ؟ وجهان رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع . انتهى .

ذكر مثله في « الروضة » وهذه المسألة هي نظير ما إذا قال لها: إن شئت فأنت طالق، فقالت :شئت فإن الطلاق لا يقع في أصح الوجهين ، وقيل يقع كما لو قال إن قلت شئت وحينئذ فيكون الأصح هنا عدم الوقوع أيضًا .

الركن الرابع
العوض

قوله : خالعها على ما في كفها ولم يكن في كفها شيء ، ففي «الوسيط» أنه يقع الطلاق رجعيًا ، والذي نقله غيره وقوعه بائنًا بمهر المثل فيشبه أن يكون للأول في ما إذا كان عالمًا بالحال، والثاني : ما إذا ظن أن في كفها شيئًا . انتهى .

وهذا الذي نقله عن « الوسيط » خاصة واقتضى كلامه انفراده به تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وهو غريب ، فقد ذكر الرافعي نظير هذه المسألة في أوائل الخلع وحكى فيها وجهين فقال : وفي فتاوى صاحب «التهذيب» ذكر وجهين في ما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها فخالعها عليه ولم يكن بقي لها شيء عليه فهل تحصل البينونة بمهر المثل تخريجًا على الخلاف في ما إذا تخالعا من غير تسمية ؟ .

قال : ورجح القول بالحصول هذا كلامه ، وقد ظهر به المناقشة من وجهين :

أحدهما: ما ذكرناه من استغراب هذه المقالة .

والثاني : مخالفته بين المسألتين والصواب التسوية ، ولم يرفض النووي هذا التفصيل الذي جمع به الرافعي بين المسألتين فقال من « زياداته » : المعروف الذي أطلقه الجمهور كأصحاب « الشامل » و « التتمة » و«المستظهرى » و «البيان » وغيرهم وقوعه بائنًا بمهر المثل وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . هذا لفظه ، والذي ذهب إليه من الوجوب مطلقًا بمهر المثل كيف يجاء ما ذهب إليه هو وغيره من أن الخلع على الدم يقع رجعيًا ؟ .

قوله : فإن قدر لوكيله عوضًا فنقص عنه فالنص أنه لا يقع الطلاق وإن طلق فنقص عن مهر المثل فالنص أنه يقع بمهر المثل واختلفوا فقيل بتقرير النصين ، والأصح التسوية بين الصورتين وجعلهما على قولين ، ثم قال : واتفق الناقلون على أن الأصح من القولين في ما إذا نقص عن المقدر عدم الوقوع ، فأما إذا نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فلذلك رجح صاحب « التهذيب » عدم الوقوع وكأنه أقوى توجيهًا ، لكن العراقيون والقاضي الروياني وغيرهم رجحوا الوقوع . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأكثرين على ما دل عليه كلامه ذاهبون إلى الثاني لكن صرح في « المحرر » بتصحيح الأول فقال : أصح القولين أنه لا ينفذ، ورجحه أيضًا في « الشرح الصغير » فقال : رجح بعضهم الوقوع والأقوى عدمه ، وهو المذكور في « التهذيب » هذا لفظه ، وقد وقع النووي في صريح التناقض فإنه صحح في « المنهاج » أنه لا ينفذ كما في « المحرر » ثم صرح في « الروضة » بما اقتضاه كلام الرافعي من النفوذ فقال : أظهرهما وهو المنصوص أنه ينفذ بمهر المثل هذه عبارته فعبر في الموضعين بالأظهر ، والفتوى على ما قاله هنا ، وفي « الروضة » استنادًا للأكثرين .

الأمر الثاني : أنه كيف ينتظم أن يكون الأصح التخريج مع تصحيح البطلان في صورة وتصحيح الصحة في أخرى ؟، فإن هذا هو عين تقرير النصين ، وقد تقدم مثل هذا الاعتراض في ما إذا قبل السيد زوجته الأمة فراجعه ، فإنني بسطته هناك .

قوله : قال في « الوسيط » : ويكاد يكون وقفًا للطلاق ويجوز أن يحتمل وقف الطلاق ، وإن لم يحتمل وقف النكاح لأن الطلاق يقبل التعليق بالإغرار لكن قضيته أن يوقف طلاق الفضولي . انتهى كلامه .

وليس فيه بيان لجواز وقفهما ولا لمنعه ، وهو إلى المنع أقرب ، وهذه المسألة مذكورة في الرافعي و « الروضة » في مواضع :

أحدها : في أوائل البيع في أثناء الشرط الثالث .

والثاني في أوائل نكاح المشركات .

والثالث : ما ذكرناه واختلف كلامه وكلام النووي فيها وقد أوضحت ذلك في البيع فليراجع .

قوله : وفي ما علق عن الإمام أن ما ذكره المزني قول مخرج ، قال : وأرى كل اختيار له تخريجًا فإنه لا يخالف أصول الشافعي لا كأبى يوسف ومحمد فإنهما يخالفان أصول صاحبهما . انتهى كلامه .

وحاصل ما نقله عن الإمام أن جميع ما تفرد به المزنى معدود من الوجوه وقد سبق ما يخالف ذلك في باب صفة الوضوء في الكلام على تخليل اللحية فراجعه .

قوله : ولو قالت لوكيلها : اختلع بألف ، فقال اختلعتها بألفين من مالها بوكالتها بانت ويلزمها مهر المثل ، وفي قول يجب عليها أكثر الأمرين من مهر المثل وما سمته هي فإن كان مهر المثل أكثر فهو المرجوع إليه عند فساد المسمى، وإن كان الذي سمته أكثر لزمها لأنها قد رضيت به والتزمته وإذا كان مهر المثل زائدًا على ما سماه الوكيل لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول ، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل لا تجب الزيادة لأن الزوج رضي به ، وعبر في «الكتاب» عن هذا القول بأنه يلزمها ما سمت وزيادة الوكيل أيضًا تلزمها إلا ما جاوز من زيادته مهر المثل [يعني أن مسماها لازم لا محالة والزيادة عليه لازمة أيضًا إلى تمام مهر المثل] (١) إلا أن يكون ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل فلا تجب تلك الزيادة ، وأهمل الطرف الآخر وهو أن يكون مهر المثل أكثر فإذا

(١) سقط من ب .

قدرت مائة وسمى الوكيل مائتين ومهر مثلها تسعون فالواجب تسعون على القول الأول ومائة على الثاني ولو كان مهر المثل مائة وخمسون فالواجب مائة وخمسون على القولين ، ولو كان مهر المثل ثلاثمائة لم يجب على القول الثاني إلا مائتان ، والعبارة الوافية بمقصود القول أن يقال يجب عليها أكثر الأمرين ما سمته هي ومن أقل الأمرين من مهر المثل وما سماه الوكيل . انتهى كلام الرافعي ـ رحمه الله ـ .

فأما قوله : وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل لا تجب الزيادة لأن الزوج رضى به ، وعبر في «الكتاب» عن هذا القول بأنه يلزمها ما سمت وزيادة الوكيل أيضًا تلزمها إلا ما جاوز من زيادته مهر المثل ، يعني أن مسماها لازم لا محالة والزيادة عليه لازمة أيضًا إلى تمام مهر المثل إلا أن يكون ما سماه الوكيل أكبر من مهر المثل فلا تجب تلك الزيادة ، وأهمل الطرف الآخر ، وهو أن يكون مهر المثل أكثر ، فإذا قدرت مائة وسمى الوكيل مائتين ومهر مثلها تسعون فالواجب تسعون على القول الأول ومائة على الثاني ، ولو كان مهر المثل مائة وخمسون قالوا في صورة زيادته على مسماها وكان مسماها ،أكثر من مهر المثل وجب مسماها وإن زاد على مهر المثل كما تقدم في التمثيل بما إذا كان مهر المثل تسعين وسمت مائة فخالع بمائتين أنه يلزمها مائة ، وإن أراد أنه لا يجب الزيادة على مسماها لم يصح لأنه إذا كان مهر المثل مائة خمسين وسَمَّت مائة فخالع بمائتين يجب مائة وخمسون وما ذكره أيضًا ـ رحمه الله ـ من التعليل برضى الزوج لا يلائم الحكم المدعى ، وقد حذفه من « الروضة » ،والذي ذكره الرافعي مأخوذ من « التهذيب » للبغوي ولفظ « التهذيب » واضح فإنه قال: يلزمها أكثر الأمرين إلا أن يزيد مهر المثل على الألفين فلا تجب تلك الزيادة ، ولو كان أقل من الألفين لا ينقص عن الألف لأنها رضيت هذا، كلامه .

قوله : فرع : اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير بانت ولزمها مهر المثل سواء أطلقت التوكيل أو سمت الخمر والخنزير .

وقال المزني : لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر ولا ينفذ معه خلع الوكيل ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير وكان قد وكله بذلك فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنا ومذهب المزني . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمور :

أحدها : أن هذا التعبير في النقل عن المزني يوهم نفي الخلاف فيه في المذهب وقد سبق بنحو ثلاثة أوراق عن صاحب «التتمة» حكاية وجه أن الفرق لا يحصل في جميع صور الفساد كالمعدوم.

الأمر الثاني : أن الرافعي قد ذكر المسألة في أثناء الباب الثاني من أبواب الوكالة في الصورة السابقة فذكر ما حاصله أنه إذا وكله في خلع زوجته على خمر ففعل بانت الزوجة بمهر المثل، فلو خالع على خنزير كان لغوًا في أشبه الوجهين لأنه غير مأذون فيه .

والثاني : أنه كالخلع على الأمر لأن الفساد في العوض خاصة لا في أصل التوكيل والخمر لا يثبت وإن ذكرها فلا فرق بين أن يذكرها أو يتركها، إذا علمت ما ذكره علمت أنه إذا خالف من الخمر إلى الخنزير أو عكسه لا تقع الفرقة على خلاف ما يوهمه كلامه هاهنا وأن ما نقله عن أبي الفرج الزاز هو الحكم المقرر المذكور هناك وهذا هو الأمر الثالث .

قوله : وفي «فتاوى القفال» أنه لو وكل رجلاً بأن يطلق زوجته ثلاثًا فطلقها واحدة بألف تقع رجعية ولا يثبت المال [وقضيته هناك أن يقال لو طلقها ثلاثاً بألف لا يثبت المال] (١) أيضًا ولا يبعد أن يصار إلى ثبوت المال، وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال خالعها بمائة فخالع بأكثر يجوز

---

(١) سقط من أ .

لأن الموكل به هو الطلاق ، والطلاق قد يكون بمال وقد يكون بغير مال . انتهى .

وما ذكره عن القفال قد سبق ما يخالفه في الباب قبله نقلاً عن البوشنجي وتقدم ذكر لفظه هناك ، وأن قول القفال أولى بالاعتماد فراجعه .

الركن الخامس
الصيغة

قوله : ويجوز أن يكون وكيل الزوج في الخلع عبدًا ومكاتبًا وسفيهًا محجوراً عليه سواء أذن السيد والولى أم لا ، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض ، فإن فعل وقبض ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ويكون الزوج مضيعًا لماله . انتهى .

وما ذكره من البراءة والضياع على الزوج قد تابعه عليه في « الروضة » وهو صحيح في العين ، أما الدين فلا يتعين إلا بقبض صحيح وقبض السفيه لا يصح كما أوضحه الرافعي في أثناء كتاب البيوع .

قوله : فلو خالعها على إرضاع ولد أو حضانته مدة معلومة فمات الصبي انفسخ العقد على الصحيح ، فإن قلنا :لا ينفسخ فإن أتى بصبي مثله لترضعه فذلك ، وإن لم يأت به مع الإمكان حتى مضت المدة فوجهان : أحدهما : يبطل حقه ولا شيء عليه [مع الإمكان حتى مضت المدة فوجهان: أغلبها] (١) كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين تستقر عليه الأجرة .

والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين كما إذا تلف المبيع في يد البائع يكون من ضمانه ، وإن تمكن المشتري من القبض وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد ، ومقتضى كلام البغوي ترجيح الأول . انتهى .

والأصح الوجه الثاني كذا قاله في « الروضة » .

قوله في المسألة : فلو لم يأت بصبى آخر لعجزه فقد قطع البغوي وغيره بأن الحكم فيه كما إذا حكمنا بالانفساخ والوجه أن يطرد فيه الخلاف . انتهى.

(١) سقط من جـ .

هذه المسألة فيها كلام سبق ذكره في الإجارة فراجعه وصحح النووي من «زوائده» مقالة البغوي .

قوله أيضًا في المسألة :ولو أضاف إلى الرضاع والحضانة نفقة مدة ، جاز، وقيل : قولان ، فإن صححنا فهو في الطعام والشراب مخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد وبين أن يأمرها بالصرف إليه .

قال ابن الصباغ : وينبغي أن يجيء فيه الخلاف في ما إذا أذن الحاكم للملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله يشترط الرجوع . انتهى ملخصًا .

قال في « الروضة » : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعًا ، والفرق ظاهر هذا كلامه .

قوله : ثم إن الولد إن عاش إلى استيفاء العين والمنفعة فذاك فإن خرج زهيدًا أوفضل ، من القدر شيء فهو للزوج وإن كان رغيبًا واحتاج إلى زيادة فهي على الزوج . انتهى كلامه .

وهاتان اللفظتان ـ أعني الزهيد والرغيب ـ ذكرهما الرافعي في مواضع من هذا الكتاب ، والزهيد هو قليل الأكل ،والرغيب خلافه .

قوله : فإن لم يوصف أو كان مما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة والمحشوة والمطبوخ إلى آخره .

وما جزم به هاهنا من منع التسليم في الثياب المخيطة قد نقل في كتاب السلم عن الصيمري ما يخالفه وأقره هو والنووي عليه ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

الباب الثالث
في موجب الألفاظ

قوله ولو قال الزوج ابتداء :أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق رجعيًا قبلت أم لا ، ثم قال بعد ذلك : وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه كان كقوله طلقتك على ألف . انتهى كلامه .

وما نقله عن المتولي وأقره عليه قد ذكر ما يشكل عليه في باب تعليق الطلاق في الطرف السابع منه فإنه نقل عن المتولي والأكثرين أنه إذا تعارض في تعليق الطلاق مدلولان لغوي وعرفي قدم اللغوي، وعبر في « الروضة» بقوله :قطع المتولي مع أن الخلع على عوض الطلاق معلق على مال ، وسأذكر لفظه في موضعه .

قوله : ولو قال: أنت طالق على ألف إن شئت، وقالت في المجلس: شئت وقبلت طلقت ولزم المال ، فإن اقتصرت على أحدهما فأوجه : أصحها عند صاحب الكتاب : يكفي وهو قضية المنقول عن الشيخ أبى محمد .

والثاني : لابد من الجمع بينهما .

والثالث : يكفي قولها شئت ولا يكفي قبلت ، لأن القبول ليس مشيئة ، وهذا ما أورده في « التتمة » وهو إختيار الإمام في ما حكى المعلق عنه . انتهى ملخصًا .

اقتصر في « الشرح الصغير » على نقل تصحيح الغزالي ومفهوم ذلك رجحانه ، وقال في « الروضة » من زياداته : إن الثالث هو الأصح أو الصحيح .

قوله : ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سلمه إليه فسلمه طلقت وكان تمكينها الزوج من المال إعطاء، قاله المتولى . انتهى كلامه .

وما نقله عن المتولى وأقره وتابعه عليه في « الروضة » فيه كلام ستعرفه في الطرف السابع من تعليق الطلاق فراجعه .

قوله : ولو علق الطلاق بالإقباض فقال: إن أقبضتني كذا فأنت طالق فوجهان :

أظهرهما وهوالمذكور في « التتمة » : أنه تعليق محض لأن الإقباض لا يقتضي التمليك بخلاف الإعطاء فعلى هذا لا يملك المقبوض ولا يكون له الرجوع إلى مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعيًا ولا يختص بالمجلس كسائر التعليقات .

والثاني : أن الإقباض كالإعطاء ، ثم قال : والأداء والدفع والتسليم كالإقباض . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره هنا من كون الإقباض والأداء ليسا كالإعطاء في اشتراط القبض في المجلس ذكر قبل هذا ذلك بنحو ورقة ما يخالفه فقال : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء لا يقع الطلاق إلا بالإعطاء في المجلس إلا إذا كان التعليق بصيغة متى وما في معناه ، وروينا عن أحمد أنه لا يختص بالمجلس ، وهو وجه لبعض الأصحاب وكل ذلك جار فيما إذا قال إن أقبضتني أو أديته لي . انتهى .

هذا لفظه ووقع هذا الاختلاف أيضًا في « الشرح الصغير »و «الروضة» ولم يذكر المسألة في « المحرر » .

قوله : وفي « التتمة » أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول: إن أقبضتني كذا وجعلته لي ، أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك . انتهى .

وهذا الذي نقله عن « التتمة » ليس حكاية لوجه آخر ، بل استدراكًا لما أطلقه الأولون، هكذا ذكره في « الشرح الصغير » .

وعبر بقوله كان كالإعطاء بلا خلاف ، هذه صيغته وذكر في« الروضة» من زوائده نحوه فقال : إن ما ذكره المتولي متعين .

قوله : ولو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن لم ينزل الإقرار ولا التعليق عليها لأن الغلبة لا تؤثر فيها ، واللفظ صريح في الوراثة وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان :

أحدهما : المنع لأن لفظ الدرهم صريح في المقدار المذكور ، والعرف لا يعتبر المسمى وإن كان يخصص ببعض الأنواع .

وأظهرهما : التنزيل عليها لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة وليس في استعمال الدرهم في الناقص إلا استعمال اللفظ في بعض معناه ، وأنه من طريق المجاز . انتهى .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من كون العرف لا يغير وإنما يخصص سبقه إليه الغزالي وغيره ، وهو استهلال عجيب فإنا لا نقول خرج الأول بالعرف عن كونه مدلولاً لهذا اللفظ ، بل هذا من باب تعارض الحقائق فصراحته في الوراثة حقيقة شرعية وفي الناقصة أو الزائدة حقيقة عرفية فلا تغيير هنا، بل كل حقيقة باقية على وضعها ، وحكمها أنا ننظر إلى المتكلم بها ، فإن استعملها أهل الشرع حمل على الحقيقة عندهم، وإن استعملها أهل العرف فكذلك ، وأيضًا فما ذكره في أخر كلامه في توجيه الأظهر إنما هو توجيه للناقص فقط ، وكلامه فيه وفي الزائد ،وأيضًا فإن قصده في تلك البلدة إنما هو إذا كان المتكلم من أهلها فإن كان من غيرها فلا .

قوله : وإذا قبلنا تفسير الدراهم هنا بالناقصة والمغشوشة فهل تراجعه

لتعبر عن المقصود ، أو يأخذ بالظاهر فيه احتمالان في « البسيط » . انتهى .

قال في « الروضة » من زوائده : أفقههما الثاني .

واعلم أن هذا الفرع فرد من قاعدة عامة ، وهي : أنا حيث قبلنا صرف اللفظ عن ظاهره فهل يتوقف الحكم على سؤاله أم يجوز الإقدام عليه قبل ذلك ؟، وقد صرح صاحب « الحاوي » في نظير هذا الفرع بما رجحه النووي تفقهًا وحكاه عنه من زوائده في اللغات ، فإنه ذكر ما إذا قال لمنفي استحلفه النافي بعد ذلك لست ابن فلان وفسره بأنه نفاه فقال: إنه يقبل فاعترض عليه في « الروضة » فقال في أثناء اعتراضه : الراجح فيه ما قاله صاحب « الحاوي » فإنه قال : إنه يكون قذفًا عند الإطلاق فنحده من غير أن نسأله ما أراد ، فإن ادعى احتمالاً ممكنًا كقوله لم يكن أباه حين نفاه قبل قوله بيمينه .

قوله : ولو أتت بمغصوب أو مشترك لم تطلق في الأصح ، ثم قال : وطرد هذا الخلاف في العبد إنما يأتي إذا منعنا بيعه فإن جوزناه طلقت قطعًا، وقد نبه عليه النووي أيضًا .

قوله : وذكر في « التهذيب » أنه لو قال لامرأته الأمة: إن أعطيتني ثوبًا فأنت طالق فأعطته ثوبًا لم تطلق لأنها أعطته ما لا تملك . انتهى .

وما نقله هنا عن البغوي من عدم الوقوع في الأمة قد نقل في الباب الأول عن المتولي عكسه ، وأقره عليه أيضًا ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

وتبعه النووي في « الروضة » على الموضعين .

قوله : الثانية : لو خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي ، فلم يكن نظر، إن بان مرويًا نفذت البينونة وملكه الزوج لأن جنسهما واحد وهو القطن واختلاف الصفة كعيب يوجد فيه فله خيار الخلف وإذا رجع إلى

مهـر المثل، وفي قول إلى قيـمة الهروي، قـال أبو الفرج السـرخسي : وهذا على قولنا أن اختلاف الصفة لا يتنزل منزلـة اختلاف العين ، وفيــه قولان ذكرناهمـا فــي كتـاب النكاح ، فإن نزلناه منزلة اخـتلاف العين فـالعوض فاسد وليس لـه إمساكه ، بل يرجع بمهـر المثل أو قيمة الثوب عـلى اختلاف القولين . انتهى .

وما نقـله عن السرخسـي وأقره من التخـريج على القولين المـذكورين وهما أن اختلاف الصفـة ، هل تنزل منزلة إختلاف العين أم لا ؟ قد تابعه عليـه أيضًا في « الروضـة » ولكن ذلك الخلاف إنما ذكـره الأصحـاب في الزوجين خاصة وعللوه بأن الوصف فـيهما مع كونهما عـينين معينين تقوم مقـام الرؤية، فإذا اختلف الوصف كـان بمنزلة ما لو رأى عينًا وعـقد على غيرها وأما بدل الخلع إذا كان معينًا فقد صرح الأصحاب بأنه كالمبيع ، نعم لنا قول ضعيف أن البيع يبطل بذلك أيضًـا إلا أن القولين ليسا هما القولين في النكاح بل القولان في النكاح مـفرعان على قول الصحة في البـيع كما أوضحه الرافعي وغيره في كتاب النكاح .

قـوله فــي أصل « الروضة » : وإن خـالعـها على ثوب مـعين على أنه كتـان فخرج قطنًا أو بالـعكــس فوجهـان : أحدهما وبه قطـع البغــوي: أنــــه كـاختلاف الصـفة فيكون حـكمه ما سبق فــي خروجـه مرويًا وهو الخيـار بين إمساكــه وبين رده والـرجوع إلى مهـر المثل ، وأصحهـما وبــه قطع الشيخ أبو حـامد وسائر العراقـيين : أن العوض فاسـد ، وتقع البينونة بمهـر المثل على الأظهر وبقـيمـة ثوب كتـان في قوله ، وليس لـه إمسـاكه ، وهؤلاء قالوا : لو باعه على أنه كتان فبان قطنا بطل البيع ، انتهى كلامه .

وما ذكره من قطع جميع العراقيين غـريب فإن « التنبيه » أشهر الكتب المنسوبة إلى العراقـيين ، بل إلى الشافعيـة مطلقًا إذ يعرفه الفقـهاء وغالب

العوام ، مصنفه أشهر الشافعية أيضًا خصوصًا العراقيين لما ذكرناه وهو أيضًا محفوظ المصنف ، وقد حكى في هذه المسألة وجهين ، وكلام الرافعي سالم من هذا الاعتراض ، فإنه عبر بقولة أورد أصحابنا العراقيو والإيراد قد يكون عن جزم وقد يكون عن ترجيح ، وهو المذكور في « التنبيه » .

الباب الرابع
في سؤال الطلاق

قوله : في « الروضة » : الأولى : إذا قالت طلقنى بكذا ، أو على كذا ، أو متى طلقتني فلك كذا فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب بالمجلس بلا خلاف في متى وغيرها خلاف قول الرجل متى أعطيتني . انتهى .

وما ذكره هنا من نفي الخلاف في متى ليس بصحيح ففي المسألة خلاف ذكره هنا تبعًا للرافعي في هذا الباب بعينه في المسألة الثانية من الطرف الثالث ولم يتعرض الرافعي هنا لنفي الخلاف .

قوله : ومنها لو قالت إن طلقتني فأنت بريء من الصداق أو فقد أبرأتك فقال : طلقت وقع الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من الصداق لأن تعليق الإبراء لا يصح وطلاق الزوج طمعًا في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضًا وهاهنا كلامان ، ثم قال : الثاني: أنه وإن لم يصح الإبراء فالزوج طلق طمعًا في حصول البراءة وهي قد رغبت في الطلاق بالبراءة فكان لا يبعد أن يقال هذا غرض فاسد فأشبه ما إذا ذكر خمرًا أو خنزيرًا . انتهى .

وهذا الذي أشار إليه بحثًا ولم ينقله عن أحد ، قد صرح بنقله الخوارزمى في « الكافي » فنقل في المسألة وجهان، بل جزم به الرافعي في آخر الباب الخامس من أبواب الخلع نقلاً عن القاضي الحسين ولم يتوقف ، وسأذكر لك لفظه في موضعه ، ووقع الموضعان كذلك في « الروضة » واقتصر في « الشرح الصغير » على المذكور هنا .

قوله : ولو قال المشتري بعني ولك علي كذا فقال : بعت ففي انعقاد

البيع وجهان : أحدهما : ينعقد كالخلع والجعالة ، والثاني : المنع ولا يحتمل فيهما ما يحتمل في البيع ، ألا ترى أن التعليق لا يقدح فيهما ويقدح في البيع ، وفي ما علق عن الإمام أن هذا أصح ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح أم لا ؟ فأما كونه كناية فلا ينبغي أن يكون فيه خلاف . انتهى كلامه .

وما ذكره من تخصيص الوجهين بالصراحة وعدمها ونفي الخلاف عن جعله كناية تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وليس كذلك فقد ذكر في أوائل الباب السابق في ما إذا قال: أنت طالق وعليك ألف ما حاصله أن الوجهين في كونه كناية فتأمله ومعنى قوله ولا كلما يحتمل ليس كلما إلى آخره .

قوله : ولو قالت طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة وقعت بثلث الألف على ظاهر المذهب بخلاف الزوج إذا قال : أنت طالق ثلاثًا على ألف فقبلت واحدة لا تقع الواحدة بثلث الألف، ثم فرق بينهما بقوله :لأن الخلع من جانب فيه معني المعاوضة والتعليق ومن شرط المعاوضة أن يتوافق الإيجاب والقبول، ومن شرط الوقوع بالتعليق، حصول الصفة المعلق عليها، ولم يتحقق واحد من الشرطين ، وأما من جانب المرأة فالخلع يشبه الجعالة على ما قدمناه . انتهى كلامه .

وهذا الفرق الذي ذكره صريح في أن الخلع لا يكون معاوضة من جانب الرجل لأنه قد ذكر أن المعاوضة لابد فيها من توافق الإيجاب والقبول ، فلو كان من جهتها كذلك لم يتخيل الفرق ولم يتغاير الحكم والذي ذكره سهو ، بل هو من جانبها معاوضة كما هو من جانبه ،وقد جزم بذلك في أواخر الباب الأول ناقلاً له عن الأصحاب ، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه ، والصواب الاكتفاء بالتفرقة بالتعليق .

قوله : ولو قالت طلقني ثلاثًا ولك ألف فطلقها طلقة ونصفاً فيستحق ثلثي الألف لأنه أوقع طلقتين أو نصف الألف لأنه إنما أوقع [طلقتين ، أو نصف الألف لأنه إنما وقع] (١) **نصف الثلاث والتكميل حكم الشرع حكى صاحب « المهذب » فيه وجهين . انتهى .**

زاد في « الروضة » على هذا فقال : قلت الثاني أرجح والله أعلم ، وفي هذا الكلام أمور :

أحدها : أن هذا الذي جزم به من وقوع طلقتين قد ذكر ما يخالفه في باب عدد الطلاق في آخر الفصل الثاني منه فقال في الكلام على غير المدخول بها ما نصه : ولو قال واحدة ونصفًا لم تقع إلا واحدة ولغي العقد كما لو قال : واحدة وواحدة ، هذا لفظه ومقتضاه أن لا يقع في مسألتنا وهي مسألة الخلع المشار إليها إلا طلقة واحدة لأن الطلاق المقترن بالمال بمثابة الطلاق قبل الدخول في البينونة فلما قال أنت طالق طلقة وقعت بثلث الألف وبانت بها .

فقوله وبعدها نصفًا لم يصادف محلاً كما لو قال ذلك قبل الدخول.

نعم القول بعدم وقوعه قبل الدخول مشكل لأنه ليس باستئناف إيقاع ، بل هو تفسير لمراده فصار كقوله أنت طالق طلقتين .

الأمر الثاني : أن هذا الخلاف الذي ذكراه في هذه المسألة ومشيا على ظاهره وغفلا عن غائلته إنما هو مخرج على وجه ضعيف فاعلمه فقد قال بعد ذلك في :آخر الفصل الرابع إذا قالت :طلقني نصف طلقة بألف ، أو قالت طلق نصفي أو يدي أو رجلي بألف فأجابها لما سألت ، أو قال هو فأجابته وقع الطلاق ، ثم قال : وإذا وقع الطلاق فالظاهر الرجوع إلى مهر المثل لفساد صيغة المعاوضة كما لو قال بعتك هذا نصف بيعه أو بعته من نصفك .

قال : وعن حكاية الإمام واختياره وجه أنه يجب المسمى لأنهما وإن

---

(١) سقط من جـ .

خصصا العوض بما لا يختص فإن الشرع قد كمله فلا يتعد أن ينزل ما كمله الشرع منزلة الكامل . انتهى .

وذكر مثله في « الشرح الصغير » واقتصر عليه ، ولم يذكر الموضع الأول وقد ظهر بهذا أن الخلع على نصف طلقة ونحوه فاسد، والصيغة الفاسدة لا يفترق الحال فيها بين أن يصدر من العاقدين أو من أحدهما ، وحينئذ فالوجهان المتقدمان في أنه هل يستحق ثلثى الألف أو نصفهما إنما هو تفريع على صحة هذا الخلع فأما إذا فرعنا على الفساد وهو الأصح فيكون الوجهان في أنه هل يستحق ثلثي مهر المثل أو نصفه ؟ فافهمه واشكر الله تعالى على ما ألهم من التنبيه على هذه الأمور الدقيقة في هذه الأبواب المتشعبة ،ولم يذكر هذه المسألة في « المحرر » فإن قيل مهر المثل قد يكون أكثر مما التزمته المرأة فينبغي أن لا يلزمها إلا ما رضيت به، قلنا لم ينظر الأصحاب إلى ذلك ، بل أوجبوا المهر ، وإن انتفى الرضى به كما لو قبل بزيادة على ما سمته فإنه يقع بمهر المثل على الصحيح وعللوه بأن من دخل على عقد الخلع بمسمى دخل على أن فاسده مقتض لمهر المثل .

الأمر الثالث : أنه قد تقرر من كلامهم هنا أن تكميل الشرع وسرايته ليست كإنشاء الشخص وذكروا في الإعتاق خلاف ذلك ، فقد قال الرافعي في كتاب الظهار : إذا أعتق الموسر عبدًا مشتركًا عن الكفارة جاز إذا نوى عتق الجميع عن الكفارة سواء وجه العتق إلى جملته أو إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية .

وقال القفال : لا يجزئ عن جميع الكفارة إذا وجه العتق إلى نصيبه فقط لأن نصيب الشرع عتق بالسراية لا بإعتاقه هذا كلامه ، ولم يصرح بما إذا قال لغيره: اعتق عبدك عني على كذا فأعتق نصفه .

نعم ذكر قبيل كتاب التدبير في فروع حكاها الروياني أنه لو وكل وكيلاً في

عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه فهل يعتق نصفه فقط أم يعتق ويسري إلى باقيه أم لا يعتق منه شيء لمخالفته ؟ فيه أوجه : أصحها الأول هذا كلامه ، وقياس ما صححه هناك أن لا يقع العتق هنا عن السائل لأجل المخالفة وحينئذ فيقع العتق عن المالك لكون العتق لا يزيد كما في نظائر ، كذلك ذكروها في كتاب الظهار .

قوله : وهذا كلام غير مخمر فإن الخلاف في أن الفراق إلى آخره .

المخمر بالخاء المعجمة مأخوذ من العجين المخمر وهو الذي أصلح بوضع الخمير فيه والحاصل أنه كناية عن الكلام الذي ليس محررًا .

قوله : الصورة الثالثة : قالت طلقني واحدة بألف فقال : أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث واستحق الألف ، ثم قال : وهل هي مقابلة الثلاث أم الواحدة فيه وجهان ظاهر النص الثاني ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية . انتهى .

تابعه في « الروضة » على أنه لا فائدة لهذا الخلاف وهو غريب فإن له فوائد منها إذا وكل وكيلاً في طلاق زوجته طلقتين مجانًا وواحدة بما شاء من العوض فسألته طلقة على ألف فأوقع ثلاثًا، فإن قلنا الواحدة في مقابلة الألف وقعت الثلاث لأنه طلق على وفق الإذن ،وإن قلنا : الألف في مقابلة الثلاث ، فقد خص كل طلقة بثلث الألف وهو ممنوع من إيقاع طلقتين بعوض فلا يقعان وأما الثالثة المأذون فيها بالعوض فهي قد سألتها بألف وأجابها بثلثها وفي مثل هذا وجهان حكاهما الرافعي في هذا الموضع وقال : الأصح وقوع الطلاق وإذا قلنا به فالأصح أنه يستحق المسمى بخلاف البيع فإن الصحيح البطلان فاستفدنا من ذلك وقوع الواحدة بثلث الألف ،ومن فوائده أيضًا : ما لو أذنت لشخص في وفاء ما يخص المطلقة المسئول عليها أو ضمن شخص عن المرأة ذلك ، أو أبرأ الزوج زوجته عنه.

قوله : ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق فطالق فطالق روجع فإن قال أردت مقابلة الأولى بالألف ولم تقع الأخرتان ، وإن قال أردت الثانية وقعت الأولى رجعية ، ويجيء في الثانية الخلاف في مخالعة الرجعية فإن صححنا لغت الثالثة وإن لم يصححها لم تلغ وإن قال أردت الثالثة وقعت الأوليان بغير عوض والثالثة على الخلاف ، وإن قال أردت مقابلة الكل بالألف وقعت الأولى بثلث الألف ولغت الأخريان ، ولو لم يكن له نية قال صاحب « التهذيب » : تبين بالأولى بالألف، وأورد الشيخ أبو إسحاق الشيرازي مثل هذا التفصيل في ما إذا قال ابتداء أنت طالق وطالق وطالق بألف . انتهى كلامه .

وما ادعاه من ذكر الشيخ أبي إسحاق للتفصيل السابق تابعه عليه في « الروضة » وليس كذلك ، بل إنما أورد بعضه فاعلمه على أن صاحب الاستقصاء قد ادعى أن هذه المسألة غير المسألة التي تكلم فيها الرافعي .

قوله : وإذا علق الطلاق نصفه على عوض بأن قال : إذا جاء الغد فأنت طالق على ألف فقبلت أو سألته التعليق على ذلك وأجابها وقع الطلاق عند وجود المعلق عليه ، وقيل ولا يشترط القبول على الفور ، وعن القفال احتمال وجه آخر أنها تخير بين القبول في الحال أو عند وجود الصفة والواجب المسمى وقيل مهر المثل ، ثم قال : وإذا قلنا بثبوت المسمى ففي التتمة وجهان في أنه متى يلزم تسمية أحدهما يلزم عند وجود المعلق عليه لأن المعوض متأخر فكذلك العوض .

والثاني : في الحال وهو اختيار ابن الصباغ لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال والمعوض يتأخر بالتراضي ، فعلى هذا فلو تعذر تسليم المعوض بأن حصلت فرقة قبل وجود المعلق عليه لزم رد العوض كما إذا تعذر تسليم المسلم فيه ، والوجهان متفقان على أن المال ثابت في الحال

وكذلك ذكره في « التهذيب » وهو الوجه لتمام شقى العقد وفي مجامع الإمام وصاحب «الكتاب» أن المال إنما يجب عند حصول البينونة . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من صحة تعليق الخلع يستثنى منه مسألة ذكرها في باب تعليق الطلاق في أوائل الطرف الثالث المعقود للحمل والولادة ناقلاً له عن نص الشافعي في « الإملاء » وسوف أذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى لغرض آخر يتعلق بها .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من أن الوجه ثبوت الملك في الحال كيف يستقيم ؟ فإنه لا شك أن ملك العوضين يكون في زمان واحد أن يكون ملك أحدهما مقارنًا لملك الأخر وقد صرح الرافعي بذلك في مواضع منها في الباب قبله ، وصورة التعليق بالإعطاء فقال فإذا ملكت المعوض يوقع الطلاق اقتضت الضرورة دخول العوض في ملك الزوج فإن ملك العوضين يتفارقان . هذا كلامه .

وذكر في أول الباب الثاني مثله فقال في الكلام على اختلاع الأمة ما نصه : لأنه لو حصلت الفرقة لقارنها ملك الرقبة ، فإن العوضين يتساوقان. هذا لفظه أيضًا ، والمساوقة المعية وإذا تقرر أنهما في وقت واحد، فيقال : إذا قلت بأنه يملك العوض من حين القبول فلابد من أن تكون المرأة قد ملكت العوض وذلك المعوض لا جائز أن يكون منفعة البضع لأنها باقية على ملك الزوج ويستمتع بها إلى حين الطلاق ،ولا جائز أن يكون هو الطلاق في الغد لأنه لا يمكن التزام الطلاق في الذمة ، وقد صرح هو به قبل هذا بنحو ورقة فقال : لأنه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة هذا لفظه ، وما ذهب إليه هنا غريب مع استشهاده في

مسألتنا بالسلم ، لا جرم أن الإمام في « النهاية » جزم بما قلناه ونقل نفي الخلاف فيه فقال : لا خلاف أن المال لا يثبت في ذمتها ما لم تتحقق الصفة فإن الطلاق يقع عندها ويستحيل ثبوت المال مقدمًا على حصول الفراق .

الأمر الثالث : أن تقييد الرافعي الخلاف في هذه المسألة بالمسمى يدل على أن مهر المثل على الفور والآخر ملكه متأخر وهو ظاهر فإنه بدل متلف ، والتلف إنما حصل بوقوع الطلاق فلا يجب قبله .

قوله : أما إذا اختلعا يعني الأب والزوج على الصداق فقد حكى الإمام وصاحب «الكتاب» والشيخ أبو الفرج الزاز تخريج المسألة على أنه هل يجوز للأب العفو عن صداق الصغيرة ، ونقله أيضًا العراقيون عن ابن أبى هريرة وزيفوه وقالوا أحد شروط القول الذاهب إلى أن للولي أن يعفو عن الصداق وقوع العفو بعد الطلاق وهذا الشرط غير حاصل في الخلع، ثم قال ما نصه : والأقوى أنه لا يشترط كذلك القول بعدم العفو على الطلاق بل يكتفي باشتراط عدم تأخر العفو عن الطلاق لأن الغرض تخليصها من ذلك الزوج ، [وبأهليتها] (١) الرغبة [الخاطبين] (٢) فيها وهذا الغرض يحصل بالعفو المقارن حصوله بالعفو المتقدم لما بيناه ، هذا لفظه وفيه أمران :

أحدهما : أن ما رجحه من جواز العفو المقارن قد ذكر خلافه في كتاب الطلاق في الكلام على عفو الولي وهو في باب تشطير الصداق وقد ذكرت هناك لفظه فراجعه .

الأمر الثاني : أن الرافعي اعتقد أن الذي لا يكتفي بالمقارنة شرط التقدم وهو غلط حصل من اعتقاده أغلاط متعددة في اللفظ الذي نقلناه عنه هنا فإن أحدًا لم يشترطه وإنما اشترطوا التأخير كما تقدم ذكره في بابه وكان

---

(١) في جـ : وتأهيلها .

(٢) في جـ : الطالبين .

صوابه أن يقول هنا : والأقوى أنه لا يشترط لذلك القول تأخر العفو عن الطلاق بل يكتفي باشتراط عدم تقدم العفو على الطلاق لأن الغرض تخليصها من ذلك الزوج وتأهيلها لرغبة الخاطبين فيها وهذا الغرض يحصل بالعفو المقارن حصوله بالعفو المتأخر لما بيناه .

قوله : ولو اختلع أب الزوج بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ، ولم يتعرض لبيانه ، ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعيًا كمخالفة السفيهة ذكر في تشبيهه بالسفيهة أنه أهل للقبول لكنه محجور عليه في مالها . انتهى .

وتعبيره بقوله : وذكر هو بضم الذال على البناء للمفعول أى ذكره بعضهم وعبر في « الشرح الصغير » بعبارة واضحة

فقال : ووجه الشبه إذا علمت ذلك فقد عبر في « الروضة » بقوله : وذكرا بألف في آخره على أنه ضمير المثنى، وكأنه توهم أن المراد الزوجان فأتى بذلك ، وهو وهم فتفطن له .

الباب الخامس
في النزاع

قوله : وإذا أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله فيها تدان أو يقرع بينهما ؟ قال الحناطي : فيه قولان . انتهى .

والصحيح [التدابر] (١) ـ أي : التساقط ـ كما هو معروف في تعارض البينتين مطلقًا ، وكذلك صححه النووي من « زياداته » .

قوله : ولو خالعها بألف درهم وتوافقا على أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ولا فرقة للمخالفة ، فقالت : بل أردت الفلوس أيضًا، وبنت منك ، حصلت البينونة ظاهراً الاتفاق اللفظين ، وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان . انتهى .

والأصح المنع كذا صححه في « الروضة » من « زوائده » .

قوله : ولو قالت : قبلت الخلع بألف في ذمة فلان ، وقال الزوج : بل في ذمتك فيبنى على أن العقد بألف في ذمة الغير هل يجوز فيه خلاف، فإن قلنا بالجواز فيتحالفان وهذا أصح عند الشيخ أبى محمد وابن الصباغ وغيرهما وهو الذي أورده صاحب « المهذب » . انتهى .

وحاصله أن المشهور جواز العقد بذلك وهذه المسألة مذكورة في الرافعي في الكلام على المبيع قبل القبض أيضًا ،وفي باب الكتابة وقد اختلف فيها كلامه وكلام « الروضة » وقد أوضحت ذلك في البيع .

قوله : وفي « فتاوى القاضي الحسين » أنه لو خالعها على مالها في ذمته [وعلى ألف أخرى في ذمتها] (٢) وعلى أن تنفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا فهو فاسد لشرط الإنفاق وتبين بمهر المثل . انتهى .

---

(١) في جـ : التهاتر .

(٢) سقط من أ .

وما جزم به هاهنا من أن شـرط الإنفاق مفسد وأن بين ما ينفـقه تابعه عليه في « الروضة » وهو وجـه ضعيف والأصح القطع بصحـته إذا ضبطه بصفات السلم كذا ذكره في الباب الثاني من أبواب الخلع .

نعم في فتاوي «القاضي الحسين» تصـوير المسأله بالدراهم فقال على أن تنفق عليه كل يوم درهمًا فعدل الرافـعي عنه وعبر بقوله : كذا ، وقد يلزم البطلان عند التصريـح بالدراهم فإن إنفاقها إنما يكون في شـراء المطعومات بها وتلك المطعـومات مجـهولة وقد يقـال بالصحة على وفق مـا قالوه في الطعام الموصوف لأنهم جعلوا الطعام ملكًا للأب .

قوله نقلاً عن الفتـاوى المذكورة : وأنه لو قالت : إن طلقتني أبرأتك من الصـداق أو فـأنت بريء منه فطلق لا يـحصل الإبـراء لأن تعليق الإبراء لا يصح ، ولكن عليها مهر المثل لأنه لم يطلق مجانًا بل بالإبراء وظن صحته . انتهى .

وما نقله هنا عن القـاضي من وجوب مهر المثل وأقره عليـه تابعه عليه في « الروضة » أيضًا ، والمشهـور في المذهب أنه لا يجب عليها شيء وهو الذي جزم به الرافعي في الـباب السابق ، وقد ذكرت لفظه هناك فـراجعه وينبغي أن يعلم أن القاضي الحسين قد نص في تعليقه على خلاف ما أفتى به فجزم بوقوعه رجعيًا كما هو المشهور .

كتاب الطلاق

وفيه أبواب:

الأول في « السنة والبدعة » .

قوله : فلتحريم الطلاق سببان أحدهما : وقوعه في حال الحيض ، والثاني : وقوعه بعد جماع من تحبل بشروط تأتي فيهما . انتهى .

وما ذكره هنا من حصر التحريم في هذين السببين تابعه عليه في «الروضة » وأهمل سببًا ثالثًا ذكره في باب القسم فقال : قال المتولي: لو قسم لواحدة فلما جاءت نوبة الأخرى طلقها قبل توفية حقها عصى وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعيًا هذا كلام الرافعي ، والنقل المذكور ليس مختصًا بالمتولي فهو مشهور حتى في « التنبيه » .

قوله : المسألة الثانية : إذا طلق في الحيض طلاقًا بدعيًا استحب له أن يراجعها فإذا رجع فهل له أن يطلقها في الطهر الثاني لتلك الحيضة ؟ فيه وجهان: أحدهما نعم لأن الإضرار قد ارتفع ، وأظهرهما لا لأنه إن وطئها بعد ما طهرت كان الطلاق بدعيًا وإن لم يطأها أشبه أن يكون المقصد من المراجعة مجرد الطلاق ، وكما ينهي عن النكاح الذي بقصد الطلاق فنهى عن الرجعة التي يقصد بها الطلاق ، ثم قال : والوجهان كأنهما في أنه هل يتأدى به الاستحباب بتمامه ؟، فأما أصل الإباحة فما ينبغي أن لا يكون في حصوله خلاف وكذا أصل الاستحباب لأنه يندفع بذلك إضرار التطويل . انتهى كلامه .

وما دل عليه كلامه من عدم وقوعه في هذه المسألة على نقل حتى توقف فيه وذكر ما ذكره بحثًا غريب فإن الإمام في « النهاية » قد صرح ببيانه وكذلك الغزالي في « البسيط » و « الوسيط » والقاضي مجلي في «الذخائر» واختلفوا فجزم الإمام بما قاله الرافعي فقال: قال الجمهور يستحب

أن لا يطلقها فيه ، وقال بعضهم : لا بأس به ، وأما الغزالي فجعل الخلاف في الجواز ، وعبر في « الوسيط » بقوله : هل يجوز ؟ وفي «الذخائر » بقوله : هل يحرم ؟

قوله : وذكر الإمام أن المراجعة وإن كانت مستحبة فلا ينتهي الأمر فيه إلى أن يقول : ترك المراجعة مكروه . انتهى .

وفي عدم الكراهة نظر قال في « الروضة » : وينبغي أن يقال بالكراهة للحديث الصحيح الوارد فيها ولدفع الإيذاء .

قوله : واعلم أن الطلاق في النفاس بدعى كالطلاق في الحيض لأن المعنى المحرم شامل . انتهى .

وما ذكره هاهنا من التحريم قد خالفه في أوائل الحيض وسبق التنبيه عليه هناك وذكر لفظه فراجعه .

قوله : وتعليق الطلاق في الحيض ليس ببدعي لكن إن وجدت الصفة في الحيض نفذ بدعيًا . انتهى .

ومعنى كونه بدعيًا أنه يترتب عليه أحكام البدعي لا التحريم فاعلمه وكلام الرافعي بعد هذا يدل عليه وجزم به في « الروضة » من «زوائده» .

قوله : ولو أتاها في غير المأتى فالأصح أنه يوجب تحريم الطلاق كما يثبت به النسب . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني ثبوت النسب بالإتيان في الدبر ـ مذكورة في الرافعي في مواضع في الفصل المعقود لما يملك الزوج من الاستمتاع وهو أخر أبواب النكاح وفي هذا الموضع وفي كتاب اللعان وفي آخر الإستبراء واختلف كلامه وكلام « الروضة » فيها ، وسيأتي الكلام عليها في أواخر الاستبراء فلتراجع منه .

قوله : وإذا وصف الطلاق بصفة من صفات الذم كقوله : أقبح الطلاق وأسمجه وأفضحه وأفظعه إلى آخره .

أما أسمجه : فمعناه أيضًا أقـبحه ، تقول سمج الشيء بالضم سماجة فهو سمج بالإسكان مثل ضخم فهو ضخم وسمج بالكسر مثل خشر بالخاء والشين المعجمتين فهو خشر ، وسميج بالياء كقبح فهو قبيح .

وأما أفضحه : فمأخوذ من قولهم فضحه فافتضح إذا كشف مساوئه ، وأما الأفظع فهو بالـفاء والظاء المعجمة فمعناه أشنـعه ، تقول : فظع الأمر بالضم فظاع فهو فظيع أي شديد شنيع وكذلك أفظع الأمر فهو مفظع .

قوله : فيما إذا قال أنت طالق افتح الطلاق فإن قال أردت أن طلاق مثل هذه في حال السنة أفـتح فقصـدت بقولى أفتح أن يطـلق في حال السنة لم يقبل في الظاهر ويدين . انتهى .

وما جزم به من عـدم القبول ظاهرًا قد تابعـه عليه وحكى الماوردي في قبوله ظاهرًا وجهين .

قوله : ولو جمع بـين صفتي المدح والذم فقال : أنت طالق طـلقة حسنة قبـيحـًا وجميـلة فاحشـة ، والمخاطبـة من ذوات الأقراء وقـعت في الحال ، وحكى في توجيهـه اختلاف والأظهر أن وجهـه أنه وصف الطلاق بصفتين متضادتين فيلغو ويبقى أصل الطلاق ، وعن أبى إسحاق أن الطلاق إنما يقع لأن إحدى الحالتين حـاصلة لا محالة والصفة التـي هي موجب تلك الحالة واقعة موقـعها فيقع الطلاق مـوصوفًا بتلك الصفة ، وتلغو الصـفة الأخرى ويجوز أن يقـال لو لـم تكن المرأة متـعرضة للسنة والبـدعة فقـضيـة التعليل الأول وقـوع الطلاق ، وقـضـيـة التـعليل الثـاني أن لا يقع لأن واحـدة من الحالتين غير حاصلة . انتهى .

وما ذكـره من عدم الوقوع في غيـر المتصفة بـالأمرين بناء على المعنى

الثاني مردود لأنا نجعل ذلك بمنزلة ما لو قال للسنة أو للبدعة ، ولو قال ذلك وقعت في الحال فكذلك إذا وصفها بالأمرين معًا لا لأجل أنها متصفة بإحدى الحالتين في الحال ، بل لأن ذلك يجري مجرى التعليل ، وهذا الاعتراض قد اعترضه ابن الرفعة .

قوله الرابعة : إذا قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة فلها أحوال : أحدها : أن تكون حائلاً فإن كانت حائضًا لم يقع الطلاق على المشهور لأن الأقراء عندنا هي الأطهار . انتهى .

وتعليله عدم الوقوع بكون الأقراء هي الأطهار عجيب ، فقد قال في أوائل العدد بعد أن ذكر أن القرء يطلق على الطهر والحيض ما يخالف ذلك فقال : ثم في كيفية وقوع الاسم وجهان للأصحاب أحدهما : أنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض .

وأصحهما : أنه حقيقة فيهما هذا لفظه .

نعم المراد بالأقراء في العدة هو الأطهار لمعنى دل عليه كما حملناها على الحيض في قوله عليه الصلاة والسلام : « **دعى الصلاة أيام أقرائك** » لدليل ولا يلزم من حمل المشترك في موضع على معنى لقيام دليل يدل عليه أن يكون محمولاً على ذلك المعنى في كل موضع يأتي ، بل إما أن يحمل على الجميع على قاعدة الشافعي وحينئذ فيقع في الحيض كما يقع في الطهر وإما أن يدعى [وجود] (١) قرينة تدل على اختصاصه بواحد معين، وحينئذ فيلزمه أن يبدي في مسألتنا معنى يخص الطهر ، ويكون إذ ذاك عدم الوقوع في الحيض مستندًا إليها لا إلى المعنى الذي ذكره ولا شك أنا وجدنا هنا قرينة تدل على اختصاصه بالطهر وهي أن الطلاق في الحيض لما كان حرامًا كان الظاهر من حال المسلم عدم إرادته بهذا اللفظ المشترك وإرادة المعنى الآخر ولهذا المعنى يقع النظر في أنه إذا وكل شخصًا في

---

(١) سقط من ب .

طلاق زوجته فطلقها في الحيض ، هل ينفذ الطلاق للإذن أم لا للمعنى المتقدم ؟ ولأنه لما كان محرمًا صار كالمستثنى شرعًا [والمستثنى شرعًا] (١) كالمستثنى شرطًا ، بل لو صرح بالتوكيل في حالة الحيض لكان يتجه عدم نفوذه لأن التوكيل في المعاصي ممتنع .

قوله : الحالة الثالثة : أن تكون حاملاً فإن كانت لا ترى الدم على الحمل وقعت في الحال طلقة .

قال في « التتمة » : إذا لم تحض وبلغت بالحمل مثلاً فيكون وقوع الطلاق على وجهين أو قولين بناء على أن القرء عبارة عن الطهر بين الدمين أو عن الانتقال من الطهر إلى الدم ، إن قلنا بالأول لم يقع حتى تضع وتطهر من النفاس ، وإن قلنا بالثاني يقع لأنه طهر ينتقل منه إلى دم النفاس وهذا أظهر . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن هذا الذي صححه المتولي صححه الرافعي في « الشرح الصغير » فقال : فإن كانت حاملاً نظر إن كانت لا ترى الدم وقع في الحال طلقة ، وقيل إن قلنا : إن القرء عبارة عن الطهر بين الدمين ولم تحض قط فلا يقع الطلاق حتى تحض وتطهر من النفاس هذا لفظه .

الأمر الثاني : أن هذا البناء الذي ذكره صاحب « التتمة » ليس بمرضي عند الرافعي وإن سكت عليه هاهنا وقد تبين لك ذلك من كلامه في «الشرح الصغير » فإنه حكم بوقوع الطلاق في الحال سواء قلنا القرء هو الانتقال أو الطهر المحتوش ولم يجزم بوقوع الطلاق بناء على أن القرء هو المحتوش بل جعله وجهًا ضعيفًا ، فقال : وقيل إن قلنا إلى آخره ، وهو صريح في ما قلناه .

---

(١) سقط من أ .

الأمـر الثـالث : أن هذا الخلاف الذي تردد الرافـعي في أنه وجهان أو قولان قد اختلف فيه كلامه وستعرفه في كتاب العدد .

الأمر الرابع : أن النووي في « الروضة » عبر عن قول الرافعي وإن قلنا بالثاني وقع وهو الظاهر بقوله وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر وقع فقدم صيغة الترجيح وهو صريح في تصحيح كون الـطهر هو الانتقال ، وحينئذ فيكون مناقـضًا لما صحـحه في أوائل العـدد فإنه قـال هناك : الأظهر أنه الـطهر المحتـوش بدمين لا مجرد الانتقـال ، والرافعي ـ رحمـه الله ـ لا يرد عليه شيء فإنه قـال هناك : وقد ذكر صـاحب « التهذيـب » والقاضي الروياني وغيرهما أن هذا الثاني أصح لكنه يخـالف ما حكينا في الطلاق أن أكثرهم حكموا بوقـوع الطلاق في الحال إذا قـال للتي لم تحض أنت طالق في كل قرء طلقة مع تعلق الصـور بهذا الأصل ويجوز أن يجعل ترجيـحهم لوقوع الطلاق لمعنى يختص بتلك الصورة لا لرجحان القول بأن القرء هو الإنتقال من الطهر إلى الحيض هذا لفظه ، فلما قدم النووي صيغة الترجيح وجعلها عائـدة إلى قول الانتـقال اندفع التـأويل الذي ذكره الرافـعي بعـد أن كان محتملاً .

قـوله المسـألة الخـامسـة : قـال أنت طالق ثلاثًا للـسنة ، ثم قـال نويت تفريقها على الأقراء لم يقـبل في الظاهر على المنصوص والمشهور ، لأنه لا سنة في التفـريق عندنا كما تقـدم ومقتضى اللفظ وقـوع الكل في الحال إن كانت طاهرًا ، والوقوع عند طهرها إن كانت حائضًا .

قال فـي « التتـمة » : إلا أن يكون الرجل ممن يعـتقـد تحريم الجـمع بين الثلاث فـي قرء واحد كـالحنفي فإنه يقـبل قوله في الظاهر ، ولـو قال أنت طالق ثلاثًا ولم يقل للسنة ، ثم فـسر بالتفريق على الأقـراء لم يقبل ظاهرًا ، وهل يدين في الصـورتين ؟ على وجهين : أصـحهـما وهو المنصـوص: أنه

يدين لأنه لو وصل باللفظ ما يدعيه لانتظم ومعنى التديين مع نفي القبول ظاهرًا أن يقال للمرأة أنت بائن بثلاث في ظاهر الحكم وليس لك مطاوعته إلا إذا علمت صدقه أو غلب على ظنك بقرينة وأمارة ، ويقال للرجل لا تمكنك منها ولك الطلب في ما بينك وبين الله تعالى ، وتحل لك إذا راجعتها وهذا هو معنى قول الشافعي له الطلب وعليها الهرب ، انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره من عدم القبول ظاهرًا فيما إذا قال ثلاثًا ولم يقل للسنة قد خالفه في « المحرر » وتبعه النووي عليه في « المنهاج » فجزم بالقبول ظاهرًا في الصورتين أعني في قوله ثلاثًا وثلاثًا للسنة .

[واعلم أنه] (١) إنما ذكر الحل بالرجعة مع أنه قد تقدم من كلامه أنها بائن بثلاث ؛ لأن الكلام في حلها للزوج باطنًا والزوج معترف بوقوع طلقة الآن فيتوقف الحل على الرجعة ، ولذلك إذا جاء القرء الثاني فإنها تطلق على ما يدعيه طلقة ثانية فيتوقف حلها على الرجعة أيضًا .

نعم هذا إنما يستقيم إذا كانت الآن في زمن السنة فإن كانت في زمن البدعة بأن كانت حائضًا أو في طهر قد [جامعها] (٢) فيه ، ونحو ذلك فلا يتوقف الحل على رجعة بالكلية ، فلا يستقيم هذا الحكم مع تقدم ذكر القسمين .

---

(١) سقط من أ ، جـ .

(٢) في جـ : خالعها .

[القسم الأول] (١)

في أركان الطلاق

الأول : المطلق

قوله : وشرط [المطلق] (٢) التكليف اعترض عليه في « الروضة » فقال : قلت : هكذا اقتصر الغزالي وغيره في شرط [المطلق] (٣) على كونه مكلفًا وقد يورد عليه السكران فإنه يقع طلاقه على المذهب وليس مكلفًا كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، ولكن مراد أهل الأصول أنه غير مخاطب حال السكر ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد، والله أعلم . هذا لفظه .

فأما ما ذكره من هذا الإيراد فقد تقدم في البيع أنه إيراد باطل مخالف للمنقول والمعقول ويتعين على الناظر هنا أن يراجعه ، وأما الاعتذار الذي ذكره آخرًا وهو أن مراد أهل الأصول إلى آخره فاعتذار عجيب لا ارتباط له بالسؤال فإنه قد نقل عن أصحابنا وغيرهم أن السكران غير مكلف وسؤاله إنما يتم على هذا التقدير إذ لو قالوا : إنه مكلف لكان السؤال منتفيًا ، وحينئذ فكيف يجيء الحمل الذي ذكره ؟ وكأنه انتقل ذهنه من قول الفقهاء يقع طلاقه إلى كونه مكلفًا فتوهم أن البحث في تكليفهم له فشرع يجمع بينه وبين قولهم إنه ليس مكلفًا فوقع في ما وقع ، فلو أمسك عن ذلك من أصله لكان الإمساك أجمل ولو أضرب عن الخوض فيه لكان الإضراب عنه أمثل إلا أنه أدخل نفسه في ما لا يعنيه وكلف حاله فوق ما يقتضيه .

---

(١) في جـ : الباب الثاني .

(٢) في ب : المعلق .

(٣) في ب : المعلق .

الركن الثاني : اللفظ وما يقوم مقامه

قـوله : ولو قـال أنت طالق ثم قـال [أردت عـن وثاق ، أو إن دخلت الدار ، أو إن شـاء زيد فإنه يدين على الصـحيح ، ثم قـال :] [١] وألحـق الغزالي بهذه الصور ما إذا قـال أنت طالق إن شاء الله ، والمشهور في كتب كبـراء المذهب أنه لا يدين وفرقوا بأن التـعليق بمشيئـة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جـملة فلابـد فيـه من اللفظ ، والتـعليق بالدخـول لا يرفعـه ولكنه يخصصه فأثرت فيه النية . انتهى كلامه .

وما ذكره هنا من أنه لا يدين في مشيئـة الله تعالى قد خالفه في الباب الذي بعـد هذا في الكلام على طلاق المكره وستـعرف هناك لفظـه إن شاء الله تعالى ، وتبعه في « الروضة » على الموضعين .

قوله : وفي بعض التعاليق أن القاضي الحسين قال إذا قال نسائي طوالق ثم قال : كنت عزلت ثلاثًا لم يقبل لأن اسم النساء لا يقع على الواحدة ولو قال : عـزلت واحدة ، يقبل ، وذكر تفـريعًا على هذا وجهين في مـا لو عزل اثنتين . انتهى .

وما نقله عنه الرافعي من كونه إذا عزل ثلاثًا لا يقبل قد أسقطه النووي من « الروضة » .

قـوله : ولو قـال : إن كلمت زيدًا فـأنت طالق ، ثم قـال أردت التكليم شهـرًا فيقـبل كذا حكي عن نص الشـافعي ﷺ والمراد علـى مـا نـقل في «البسيط » و « الوسـيط » القبول في الباطن حتـى لا يقع في الباطن إذا كان التكليم بعد شهر . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله هنا عن الغزالي ولم يصرح بمخالفتـه ولا موافقته جزم به في « الشرح الصـغير » هنا وجزم بـه في «الكبير» في مواضع فـقال في الإيلاء قبيل الركن الرابع فقال : والله لا أجامعك ثم قال أردت شهرًا دين

---

(١) سقط من أ .

ولم يقبل ظاهرًا ، وذكر نحوه في آخر كتاب الأيمان في أوائل الفصل المعقود للأصول فقال ما نصه : حلف لا يدخل الدار ثم قال أردت شهرًا أو يومًا فإن كانت اليمين بالطلاق أو العتاق لم يقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ويلحق بهما الإيلاء لتعلقه بحق الآدمى ، وإن كانت اليمين بالله تعالى ولم يتعلق بحق الآدمى قبل ظاهرًا وباطنًا . هذا لفظه ، وذكر بعده بنحو ورقتين ما يوافقه فقال نقلاً عن « المبتدأ » للروياني إذا قيل له كلم زيدًا اليوم فقال : والله لا كلمته فاليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم فإن كان ذلك في الطلاق ، وقال أردت اليوم لم يقبل في الحكم وذكر بعد هذا بنحو ورقة مثله فقال : ولو حلف لا يدخل دار زيد ثم قال أردت ما يسكنه دون ما يملكه فيقبل في اليمين بالله تعالى ولا يقبل [في الحكم إذا حلف بالطلاق والعتاق ذكره ابن الصباغ وغيره ، ويؤيده أيضًا ما نقله في أواخر الشرط في الطلاق عن البغوي أنه لو قصد ضرب غيرها فوقع الضرب عليها طلقت ولا يقبل] (١) قوله لأن الضرب مؤثر .

واعلم أن النووي قد وافق في هذه المواضع على عدم القبول في الظاهر ثم خالف في الموضع الذي نقلناه عن « المبتدأ » للروياني فقال : قلت : الصواب قبوله كما سبق في نظائره في الطلاق والله أعلم .

قوله : قال الشافعي في « المختصر » : ولو قالت له طلقني فقال : كل امرأة لي طالق طلقت إمرأته التي سألته إلا أن يكون عزلها بثنية ، وتكلموا في النص من وجهين أظهرهما : الحمل على أنها لا تطلق بينه وبين الله تعالى ، والثاني : قيل : إن لفظ النص أن لا يكون عزلها بثنية وهو الاستثناء. انتهى كلامه .

واعلم أن الثنية بضم الثاء المثلثة وسكون النون وبالياء بنقطتين من تحت هو الاستثناء ، وكذلك الثنوي بالفتح وبالواو وحينئذ فيقرأ لفظ الرافعي

---

(١) سقط من جـ .

بأحد الوجهين والأقرب هو الوجه الأول والياء فيه للمرة .

قوله في « الروضة » :وضبط الأصحاب ما يدين فيه بضبط آخر فقالوا: ينظر في التفسير خلاف ظاهر اللفظ إن كان لو وصل باللفظ لا ينتظم لم يقبل ولم يدين وإلا فلا يقبل ظاهرًا ويدين ، مثال الأول : قال أردت طلاقًا لا يقع ومثال الثاني أردت طلاقًا عن وثاق أو إن دخلت الدار ، واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى فقالوا لا يدين فيه على المذهب .

فرع قال : أنت طالق ثلاثًا ثم قال : ما أردت إلا واحدة ، أو قال : أربعتكن طوالق ، ثم قال : نويت بقلبي إلا فلانة لم يدين على الأصح لأنه نص في العدد . انتهى كلامه .

والمسألة الأولى من الفرع الذي ذكره ناقضة لهذه القاعدة التي ذكرها فإن العدد يصح الاستثناء منه هنا ، وأما المسألة الثانية وهي العدد المخاطب فلم يتعرض الرافعي هنا لصحة الاستثناء منه لكنه ذكرها في أواخر تعليق الطلاق ونقل عن القاضي الحسين [والمتولي أنه لا يصح ولم ينفذ غيره ونقل عن القاضي] (١) المذكور أنه استثني ما إذا قدم المستثنى على لفظ الطلاق فقال: أربعتكن إلا فلانة طوالق فإنه يجوز ثم بحث معه الرافعي فيه واقتضى كلامه الجواز مطلقًا .

قوله أيضًا في أصل « الروضة » : ولو قال فلانة وفلانة وفلانة طوالق، ثم قال إستثنيت بقلبي فلانة لم يدين قطعًا لأنه رفع لما نص عليه لا تخصيص عموما .

ذكره القاضي أبو الطيب . انتهى .

ودعوى القطع بعدم التديين مردودة ولذلك لم يذكرها الرافعي وسببه أن لنا خلافًا شهيرًا في جمع المفرق في الاستثناء كما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق إلا واحدة فإن جمعناه صار كقوله أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة فيصح الاستثناء ، وإن لم يجمعه وهو الصحيح لم يصح لكونه مستغرقًا

---

(١) سقط من جـ .

وهذا مثله .

قوله في أصل « الروضة » : وفي قوله أنت طالق أو الطلاق أو طلقة وجهان :

أصحهما : أنه كناية ، ولو قال أنت نصف طلقة فكناية ، ثم قال عقبه من غير فاصل ما نصه : قال البغوي ولو قال أنت كل طلقة أو نصف طالق فصريح كقوله نصفك طالق . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن هذا الذي نقله عن البغوي وأقره من أن قول القائل أنت طالق كل طلقة صريح كيف يستقيم مع أنه قد تقدم من كلامه أنه لو وصفها بالمصدر بدون فاصل وقال أنت طلقة كان كناية وكذلك إذا فصل ببعض فقال أنت بعض طلقة وهو نظير المسألة ؟ .

الأمر الثاني : أن قياسه كل طلقة على نصفك طالق قياس باطل لا جامع بينهما .

نعم قياس نصف طالق عليه قياس صحيح ، وبالجملة فكلام البغوي في « التهذيب » على الصواب وقد نقله عنه الرافعي على وجهه فقال ما نصه: وفي قوله أنت طالق أو الطلقة أو طلقة وجهان :

أصحهما : أنه كناية لأنه مصدر والمصادر غير موضوعة للأعيان ويستعمل فيها على سبيل التوسع ولو قال أنت نصف طلقة فكناية أيضًا وذكر في « التهذيب » أن قوله للطلقة صريح وأن قوله أنت نصف طالق كقوله نصف طالق . هذا لفظه فتحرف على الشيخ محيي الدين لك طلقة بقوله كل طلقة فوقع في الغلط الذي نبهنا عليه أولاً ثم ضمها إلى نصف طالق وقاسهما جميعًا على نصف طالق فوقع في الغلط الثاني ، وقد راجعت النسخة التي بخط النووي فرأيته فيها كما هو مذكور في باقي النسخ على أن الرافعي صرح بقوله لك طلقة بعد هذا بأسطر وحكى فيها

وجهين من غير ترجيح وتابعه في « الروضة » عليه وسأذكرها عقب هذه المسألة .

قوله : فحصل تردد في ما إذا وقع عليه الطلاق وكانت له امرأتان هل يقع عليهما معًا أو على إحداهما وتعين ؟ انتهى ملخصًا .

والمرجح أنه لا يقع إلا على واحدة كذا ذكره ابن الصلاح في «فتاويه» وتبعه النووي في «الفتاوى» أيضًا وقال في « الروضة » : إنه الظاهر المختار الجاري على القواعد لأن الاسم يصدق عليه فلا يلزمه زيادة من غير نية .

قوله : في الكنايات لا أنده سربك ـ أى لا أزجر إبلك ومعناه لا أهتم بشأنك . انتهى .

النده بالنون والدال المهملة هو الزجر والسرب بفتح السين المهملة وسكون الراء والباء الموحدة هو الإبل ، وما رعى من المال قاله الجوهري في الكلام على سرب قال ومنه قولهم اذهب فلا أنده سربك أى لا أرد إبلك تذهب حيث شاءت أى لا حاجة لي فيك وكان ذلك طلاقًا في الجاهلية .

قوله : ولو قال لأمته اعتدي أو اشتري رحمك ونوى العتق أو قاله لزوجته قبل الدخول ونوى الطلاق فوجهان : أظهرهما : الوقوع لأن لهما محلية العدة واستبراء الرحم في الجملة وذلك كافٍ في صحة الكناية . انتهى .

المحلية بالحاء المهملة وبياء النسبة في آخره كون الشيء محلاً أي ما تقتضيه العدة والاستبراء من المحل مستقر لهذين الشخصين من حيث الجملة .

قوله : الثانية : الطلاق ليس كناية في الظهار ولا الظهار في الطلاق وإن كان كل واحد منهما محتملاً للآخر لما يشتركان فيه من إفادة التحريم وذلك

أنه أمكن تنفيذ كل واحد منهما في موضوعه الذي هو أصل فيه فلا يعدل عنه إلى ما هو فرع ولا سبيل إلى الجمع بينهما لأن المعنيين اللذين يصلح اللفظ لهما لا يجمع بينهما كما في الأسماء المشتركة ، بل تارة يستعمل لهذا وتارة يستعمل لذاك وإنما الذي يتناول الآحاد ويجمع بينهما هو اللفظ العام . انتهى كلامه .

وما ذكره في تقرير امتناع الجمع غير صحيح بل يجوز استعمال اللفظ في المعنيين معًا على مذهب الشافعي سواء كان اللفظ حقيقة فيهما كالمشترك أو حقيقة في أحدهما مجازًا في الآخر ، وقد صرح الرافعي في كتاب الأيمان بأن الجمع بين الحقيقة والمجاز ليس بممتنع لكنه بعيد عند أهل الأصول ورد عليه النووي هناك ولم يتعرض في « الروضة » في هذا الباب للتقرير المذكور بل ذكر الحكم فقط .

قوله : وإن أراد بقوله أنت علي حرام تحريم عينها أو ذاتها ووطئها لزمه كفارة يمين في الحال فعلى هذا لو قال أردت به الحلف على الامتناع من الوطء لم يقبل في أظهر الوجهين ، ثم قال : فإن قبلناه فقد ترددوا في أن التحريم هل يصير يمينًا بالنية في غير الزوجات والإماء كالمطاعم والملابس أو يختص ذلك بالأبضاع . انتهى كلامه .

والأصح هو الاختصاص كذا ذكره في « الروضة » من زوائده .

قوله الرابع : إذا قال متى قلت لامرأتي أنت علي حرام فإنني أريد به الطلاق ثم قال لها بعد مدة أنت حرام فعن أبي العباس الروياني أنه يحصل وجهان .

أحدهما : الحمل على الطلاق لكلامه السابق .

والثاني : المنع لاحتمال أن نيته قد تغيرت . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : أصحهما الثاني ويقرب من هذه

المسألة ما ذكره في كتاب الإقرار أنه إذا قال أريد أن أقر بما ليس على لفلان علي ألف له أو قال ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها قد طلقت امرأتي ثلاثًا ، قال العبادي : لا يصح إقراره وقال صاحب « التتمة » : الصحيح أنه يصح كما لو قال علي ألف لا يلزمني .

قوله : ولو اقترنت النية بأول اللفظ وعزبت قبل تمامه بأن قصد إيقاع الطلاق عند قوله : أنت ، ولم يبق هذا القصد عند الانتهاء إلى طالق فوجهان ولو كان بالعكس فوجهان أيضًا وأظهر الوجهين عند الإمام والغزالي في الأولى أنه يقع ، وكلامهما يشعر برجحان عدم الوقوع في الثانية . انتهى ملخصًا .

وذكر نحوه في « الشرح الصغير » إلا أنه أطلق الترجيح في المسألة الأولى فقال : وأظهرهما الوقوع لأن النية إذا اقترنت بأول اللفظ عرف قصده من اللفظ ، إذا علمت ذلك ففيه أمور :

أحدها : أنه قد ذكر في « المحرر » ما يشعر بمخالفة المذكور هاهنا فقال: وهل يكفي اقترانها بأول اللفظ أو يشترط بقاؤها إلى آخره ؟ فيه وجهان رجح منهما الثاني هذا لفظه وهو يخالفه من وجهين :

أحدهما : في ترجيحه اشتراط البقاء .

وثانيهما : ما أوهمه كلامه من الجزم بعدم الاكتفاء بمقارنة الأخير ، وكلام « المنهاج » صريح في الثانية ، ووقع هذا الاختلاف أيضًا بين «الروضة » و « المنهاج » فقال في « المنهاج » وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ ، وقيل : يكفي أوله وقال في « الروضة » ولو اقترنت النية بأول اللفظ [وقيل ما] (١) دون أخره أو عكسه طلقت في الأصح هذا لفظه ، وفيهما مع ما ذكرناه من المخالفتين أمر ثالث : وهو أن الرافعي لم يصحح

(١) سقط من جـ .

شيئًا في الاقتران بالأخر دون الأول ، وأما في العكس فصرح بتصحيحه نقلاً عن الإمام والغزالي والفتوى على التفصيل بين الأول والأخير كما أشعر به كلام الشرحين فقد قال الماوردي في « الحاوي » بعد تصحيحه له أنه أشبه بمذهب الشافعي .

الأمر الثاني : أن اللفظ الذي تردد الأصحاب فيه أن النية هل يشترط إقترانها بجميعه أم يكفي اقترانها ببعضه إنما هو لفظ الكناية فقط لأن المقصود من النية تفسير إرادة الطلاق باللفظ الذي يحتمله ويحتمل غيره والمفتقر إلى التفسير لما فيه من الاحتمال إنما هو صيغة الكناية دون ما معها فتقدم النية عليها لا يعتد قطعًا ، وإن كان متصلاً بأنت أو غيرها مما قبله ، وقد صرح بهذا الذي ذكرته البندنيجي والماوردي وصاحب « الشامل » ، وإذا علمت هذا علمت أن تمسك الرافعي بالنية عند أنت غير مستقيم إلا أن ابن الرفعة في «المطلب» قد أثبت وجهين في المسألة وأيد الإكتفاء [عند أنت] (١) بما إذا وقع أنت في زمن الطهر وطالق في زمن الحيض ، فإن ابن سريج قال يكون الطلاق سنيًا ويحصل لها قرء واحد .

الأمر الثالث : أن تعبيره بطالق غلط سرى أيضًا منه إلى الكفاية لابن الرفعة ، بل الصواب التعبير ببائن ونحوه فإن الكلام في الكنايات .

الأمر الرابع : أن تمثيل الاكتفاء بقوله أنت قد حذفه النووي من «الروضة » ففاته مسألة مهمة وهو يظن أن لا فائدة فيها .

قوله : لكن صاحب « التتمة » قرب الوجهين في ما إذا اقترنت النية بأول دون أخره والوجهين فيما إذا اقترنت بآخره دون أوله من القولين في ما إذا نوى المسافر الجمع في أثناء الصلاة ولم ينو في أولها وقضية هذا التشبيه والتقريب أن يقال إذا كان الوقوع فيما إذا اقترنت بأوله أظهر فأولى أن يكون فيما إذا اقترنت بآخره أظهر لأن الأظهر من الخلاف في ما إذا

(١) سقط من جـ .

اقترنت النية بأول التكبير دون آخره والانعقاد ، والأظهر فيما إذا نوى الجمع في أثناء الصلاة صحة الجمع . انتهى كلامه .

وما ذكره هاهنا من كون الأظهر في مسألة التكبير هو الانعقاد وهو كذلك في نسخ الرافعي ، **وفيه أمران :**

أحدهما : أنه مخالف للمذكور في صفة الصلاة ، وقد تقدم ذكر لفظه هناك .

الأمر الثاني : أن ترجيح الانعقاد المذكور لا يستقيم معه ما ذكره الرافعي من الأولوية ، فإن تقرير كلامه أن جواز الشيء في مسألة مع تشبيهها بما يقتضي المنع منها أضعف من جوازه عند تشبيهه بما لا يقتضي المنع لأن الشيء يضعف بمعانده ، وحينئذ فإذا صححوا الجواز في حالة قيام الشبه المانع كتصحيحه في الحالة الأخرى أظهر وأما إذا استوى الشبهان في الجواز أو استويا في المنع فلا يكون تصحيحه في أحدهما يقتضي أولوية التصحيح في الآخر بلا شك .

إذا علمت هذا فطبقه على كلام الرافعي تجده لا يستقيم إلا مع دعوى تصحيح عدم الانعقاد في التكبير فتأمله فعلمنا بهذا أنه سقط من كلام الرافعي صيغة عدم فإن أصله عدم الانعقاد ، وهذا لا شك فيه .

قوله : وفي زيادات الشيخ أبي عاصم العبادي أنه إذا قال بعت منك طلاقك فقالت إشتريت ولم يذكر عوضًا لا تحصل الفرقة إذا لم تكن نية ، وقيل يقع طلاقه بمهر المثل . انتهى كلامه .

تابعه عليه في « الروضة » وهو يشعر بكونه صريحًا عند العبادي إذا اقترن بالعوض ، والأمر كذلك لكن الصحيح أنه كناية فافهمه فقد صرح بهذا كله الرافعي في أوائل الخلع فقال وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج وبيع المهر بالطلاق من جهتها يعبر بهما عن الخلع وليكونا كنايتين ، وفي

«الزيادات » لأبي عاصم العبادي أن يقع الطلاق مع ذكر العوض صريح هذا كلامه .

قوله : وفيها أيضًا ـ يعني : الزيادات ـ أنه لو قال : لم يبق بيني وبينك شيء ونوى الطلاق لم يطلق وفي هذا توقف . انتهى .

قال في « الروضة » من « زوائده » : الصواب الجزم بالطلاق ، لأنه لفظ صالح ومعه نية .

قوله نقلا عن العبادي أيضًا : وأنه إذا قال الطلاق لازم لي أو واجب علي،طلقت للعرف، بخلاف فرض علي، ورأى البوشنجي أن الجميع كناية وحكى صاحب «العدة» عن الأكثرين أن الطلاق لازم صريح . انتهى .

تابعه عليه في « الروضة » وما دل عليه كلامه من رجحان الصراحة قد جزم به في كتاب النذر ولم يحك فيه خلافًا كذا ذكره في أصل «الروضة» هناك .

قوله نقلاً عن فتاوى القفال : وأنه لو قال : كل امرأة لي طالق إلا عمرة ولا امرأة له سواها طلقت لأن الاستثناء مستغرق فبطل ، ولو قال : النساء طوالق إلا عمرة ولا زوجة له سواها لم تطلق . انتهى .

واعلم أن المسألة الأولى التي نقل فيها الوقوع عن القفال حكمها متجه وشرطها أن يكون الإخراج بـ « إلا» كما صوره الرافعي ، أما إذا عبر بسوى كغير فإن الموجود نقلاً والمتجه معنى أن لا يقع فافهمه فإنه قد يلتبس على من لا اطلاع له به ولا تحقيق .

أما النقل: فقد صرح به الخوارزمي في « الكافي » في كتاب الأيمان ومثل بسوى .

وأما المعنى فلأن إلا أصلها الاستثناء وسوى وغير ونحوهما أصلهما الصفة فإذا أورد ذلك حملنا كل لفظ على أصله فلزم الاستغراق في إلا إذ

هو إخراج بعد إدخال فأبطلناه بخلاف سوى وشبهها فإن مدلوله إيقاع الطلاق على المغاير للمخاطبة فقط ، وسكوته عن المخاطبة ، ويدل عليه ما ذكره الرافعي بعد هذا بدون الورقة أنه لو قال : امرأتي التي في هذه الدار طالق ولم تكن امرأته فيها لا يقع الطلاق ، وأما المسألة الثانية ففيها كلام يأتي بعد هذا بقليل .

قوله نقلاً عن الفتاوى المذكورة أيضًا : وأنه لو قال لامرأته : يا بنتي ، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن، كما لو قاله لعبده أو أمته ، وأنه لو كانت زوجته تنسب إلى زوج أمها فقال : بنت فلان طالق لم تطلق لأنها ليست بنته حقيقة ولغيره في هذا احتمال ، وأنه لو قال :نساء المسلمين طوالق لم تطلق امرأته ، وعن غيره أنها تطلق وبنى الخلاف على أن المخاطِب هل يدخل في الخطاب . انتهى .

وقد تكلم النووي في « الروضة » على هذه المسائل فقال في الأولى: المختار أنه لا يقع به فرقة إذا لم يكن له نية لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة وهذا التعليل يأتي بعينه في العبد والأمة والذي اقتضاه كلامه من العتق فيهما ممنوع .

وأما الثانية : وهي بنت الزوجة فينبغي أن يقال: إن نواها طلقت ولا يضر الغلط في نسبها كنظيره من النكاح ، وإلا فلا ، ومراد القفال بقوله لم تطلق أي في الظاهر ويتعين في الباطن ما ذكرته .

وأما الثالثة : فالأصح عند أصحابنا في الأصول أن المتكلم لا يدخل ، وكذا هنا الأصح أنها لا تطلق هذا كله كلام النووي ، وما ذكره في آخر كلامه من تصحيح عدم الوقوع وأن الأصح عند أصحابنا الأصوليين عدم الدخول كلاهما مردود ، فإن المعروف في كتب الأصول إنما هو الدخول فقد قال إمام الحرمين في « البرهان » الرأى الحق عندي دخولهم .

وقال الغزالي في « المستصفى » : إن القول بعدم الدخول فاسد ، وقال

الإمام فخر الدين : الأكثرون على الدخول .

وقال الآمدي : إنه المختار الذي عليه الأكثرون، وذكر نحوه ابن الحاجب وصاحب « الحاصل والتحصيل » وغيرهم ممن لا يحصى.

والعجب من النووي حيث قال ما قال مع شهرة هذه الكتب ، والظاهر أن ذلك صدر منه من غير مراجعة .

وإذا علمت ما ذكرناه ظهر أن الأصح هو وقوع الطلاق ، ويؤيده ما حكاه في كتاب الوقف أنه لو وقف كتابًا على المسلمين أو مرجلاً أو بئرًا كان له أن ينتفع ، وكذا صححوه في ما لو وقف على الفقراء وافتقر مع أن الدخول هنا أولى منه هناك لأن الوقوف على نفسه باطل من حيث الجملة وإن كان إدخال نفسه في العموم جائزًا في ما أصله الإباحة [كماء البئر ومنافع المسجد دون ثمار النخلة ونحوها] [١] كما قاله الماوردي هناك .

قوله : وأنه لو قالت له زوجته واسمها فاطمة : طلقني ، فقال : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت فاطمة أخرى ، طلقت ولا يقبل قوله لدلالة الحال بخلاف ما لو قال ابتداء : طلقت فاطمة ، ثم قال : نويت أخرى وقد يشكل هذا بما سبق أن السؤال لا يلحق الكناية بالصرائح . انتهى كلامه .

وقد اشتمل على مسألتين الأولى ما إذا كان ذلك جوابًا لقولها : طلقني وقد جزم فيه بأنه لا يقبل قوله ثم بحث فيه البحث المتأخر المقتضي لعدم الإيقاع عليه ، ثم ذكر بعده بنحو الصفحة ما حاصله رجحان عدم الوقوع فقال نقلاً عن شريح الروياني فإنه لو قيل لرجل اسمه زيد [يا زيد][٢] فقال : امرأة زيد طالق ، قال جدى : تطلق امرأته ، وقيل لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيدًا آخر . وليجيء هذا الوجه في ما إذا قال : فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصدًا تطليق زوجته . انتهى .

---

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ ، ب .

ولا نزاع في أن هذا كله في الظاهر أما الباطن فيقبل جزمًا ، وما ذكره آخرًا من رجحـان عدم الوقوع راجع إلى ما إذا كان ذلك جـوابًا ، فأما إذا قاله ابتداء فلا يتصور عود البحث إليـه لأنه جزم فيه بقبول قوله على وفق البحث .

المسألة الثانية : أن يذكر ذلك في غير الجواب وقد جزم فيه بالقبول كما أشرنا إليه الآن ، والصـحيح خلافه ، فقد ذكـر المسألة بعد ذلك في أوائل الباب الخامس المعـقود للشك في الطلاق ومثل بزينب فقـال: إن الصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا يقبل .

والثاني : قاله القاضي أبو الطيب وغيره أنه يقبل .

والثالث : قاله إسماعيل المقري ، إن قال : زينب طالق لم يقبل ، وإن قال : طلقت زينب ، قُبِل .

قوله نقـلاً عن القفـال أيضًا : وأنه لو قال لولـي امرأته : زوجهـا ، كان إقراراً بالفراق ، ولو قال لها : انكحي لم يكن إقراراً لأنها لا تقدر أن تنكح، ولكن المفهوم ما يفهم من قول الله تعالى : ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾(١) .

قال في « الروضة » الصـواب أنه كناية إذا خاطبها بخـلاف الولي فإنه صريح فيه . هذا كلامه .

قـوله : ومما نقل عن مـعلقـات القاضي شـريح الروياني من أصـحـابنا المتأخرين ما حكاه عن جده أبى العـباس الروياني وغيره أنه لو قال أحللتك ونوى طلاقها هل هو كناية ؟وجهان :

وأنه لو قال :

امرأته طالق وعنى نفسه .

قال جدي : يحتمل وقوع الطلاق ويحتمل عدمه . انتهى .

الأصح في الأولى : أنها كنـاية ، والأرجح في الثانية، الوقـوع. قاله

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

في «الروضة» .

قوله نقلاً عن المعلقات المذكورة : وأنه لو قال لابنه : قل لأمك أنت طالق قال جدى : إن أراد التوكيل فإذا قاله لها الابن طلقت ويحتمل أن يقع ويكون الابن مخبراً لها بالحال . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » ومعناه أنه إذا لم يرد التوكيل لا يقع، ويحتمل وقوعه ، ومدرك التردد في هذه المسألة أن الأمر بالأمر بالشيء إن جعلناه كصدور الأمر من الأول كان الأمر بالإخبار بمنزلة بالإخبار من الأب فيقع، وإن قلنا [ليس كصدوره منه لم يقع شيء .

قوله أيضًا نقلاً عنها : وإنه لو قال :] (١) امرأة كل من في السكة طالق وهو في السكة ، حكى جدى عن بعض الأصحاب أنه لا يقع طلاقه قال : والصحيح أنه يقع . انتهى كلامه .

وهذه المسألة عبر عنها في « الروضة » بقوله : وأنه لو قال : كل امرأة في السكة طالق وزوجته في السكة طلقت على الأصح هذا لفظه ، وهو عكس ما صور به الرافعي ، وأما الصورة التي تكلم فيها الرافعي فقد تقدم في نظائرها أنها مبنية على أن المتكلم هل يدخل في عموم كلامه أم لا وتقدم أن النووي صحح أنه لا يدخل وأن الطلاق لا يقع فيكون هنا كذلك فإنها نظائرها أو هي هي ، ووقع في بعض نسخ الرافعي وهي في المسألة بضمير المؤنث وهو تحريف ولعله السبب في انقلاب المسألة على النووي .

قوله : نقلاً عنها أيضًا وأنه لو وكل في طلاقها فقال الوكيل : طلقت من يقع الطلاق عليها بلفظي ، هل تطلق التي وكله في طلاقها ؟ أو طلقها ولم ينو عند الطلاق أنه يطلق لموكله ففي الوقوع وجهان . انتهى .

والصحيح في الثانية هو : الوقوع ،كذا نقله الرافعي في أواخر تعليق الطلاق عن أبي العباس المذكور ، وقد ذكرت المسألة هناك لغرض يتعين

---

(١) سقط من أ .

الوقوف عليه فراجعها .

ونقل الرافعي قبيل كتاب الديات بأسطر عن فتاوى البغوي فرعًا آخر متعلقًا بما نحن فيه فقال : وأن الوكيل في استيفاء القصاص إذا قال : قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل لزمه القصاص ، هذه عبارته وحاصلها إشتراط عدم الصارف ولا يلزم منه اشتراط القصد على ما تقدم عن بعضهم، ولا شك أن هذا كله في ما لا يصح فيه الوقوع لنفسه ، أما ما يصلح فيه الوقوع له فلا شك في اشتراط القصد كما سبق في الوكالة .

قوله : وفي « فتاوي الغزالي » أنه إذا كتب الشروطي إقرار رجل بالطلاق فقال له الشهود : نشهد عليك بما في هذا الكتاب ، فقال : اشهدوا لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ، بل لو قال : اشهدوا على أني طلقتها من أمس وهو كاذب ، لم يقع في الباطن . انتهى كلامه .

وما اقتضاه كلامه من الوقوع في الظاهر في مسألة الشروطي أي الشاهد قد ذكر من «زوائده» في آخر الباب الأول من أبواب الإقرار ما يخالفه وسبق ذكر لفظه هناك فراجعه .

وقد ذكر الغزالي في باب الوقف من «فتاويه» أيضًا هذه المسألة، وأوهم كلامه النفوذ باطنًا فقال : إذا قال للشهود : اشهدوا على أني وقفت جميع أملاكي ، وذكر مصارفها ولم يذكر شيئًا منها صارت الجميع وقفًا ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود، والصواب في ذلك وأشباهه أنه لا يكون إقرارًا كما أوضحه ابن الصلاح في «فتاويه» .

فقال : وصرح به الطبري في « العدة » والهروى في « الإشراف » ، والعمراني في « البيان » اللهم إلا أن يصدر ذلك ممن عرف منه استعماله في الإقرار فينبغي أن يكون إقرارًا .

قال : وهذا كله إذا لم يسند ذلك إلى نفسه كما تقدم التمثيل به ، فإن

أسنده إليها بأن قال: أشهدكم على بكذا أو بما في هذه الورقة فإنه يصح .

قوله : وفي « التتمة » أنه لو قال لواحدة من نسائه : أنت طالق مائة طلقة فقالت : يكفيني ثلاث ، فقال : الباقي على صواحبك ، لا يقع على صواحبها طلاق ؛لأنه لم يخاطبهن وإنما رد عليها شيئًا لاغيًا ، فإن نوى به الطلاق كان طلاقًا وكان التقدير : أنت طالق بثلاث وهن طوالق بالباقي . انتهى كلامه .

وما نقله هنا من الوقوع في مسأله الزائد على العدد الشرعي إذا نوى وأقره عليه ، قد نقل عن البغوي في آخر الباب الذي بعد هذا عكسه وأقره عليه ، وسأذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

قوله : ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وأنت يا أم أولادي ، قال أبو عاصم العبادي : لا تطلق ، وهو كما قال غيره أو قال لزوجته : نساء العالمين طوالق وأنت يا فاطمة ؛لا تطلق ؛ لأنه عطف على نسوة لم يطلقن . انتهى كلامه .

وما تلخص من كون العطف على الباطل باطل سيأتي في الكلام على الإكراه ما يخالفه وتبعه في « الروضة » على الموضعين .

قوله : ولو قال : وله امرأتان : امرأتي طالق ، وأشار إلى إحداهما ، ثم قال : أردت الأخرى ، فوجهان عن أبى العباس الروياني : أحدهما يقبل ولا تلزمه الإشارة ، والثاني : أنهما تطلقان . انتهى .

والأرجح الأول ، كذا ذكره في « الروضة » من «زوائده» في آخر باب الشك في الطلاق .

قوله : والأشبه انعقاد البيع بالمكاتبة وأنه يشترط اتصال القبول بورود الكتاب ثم قال : وقد أشرنا إلى ذلك كله في أول البيع وحكينا عن بعض المسودات أن المشتري لو أجاب بالقول كان ذلك أقوى من أن يكتب ،

وهكذا ذكره الإمام . انتهى كلامه .

والذي قاله هنا من النقل عن بعض المسودات في ما إذا أوجب بالكتابة تابعه عليـه في « الروضة » أيضاً وهو غلط ، لـيس هو في هذه المسألة ، فإن الذي قاله في البيع ما نصه : وفي مسودات بعض أئمة طبرستان تفريعًا على انعقاد البيع بالمكاتبة أنه لو قال : بعت دارى من فلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال :قبلت، ينعقد، لأن النطق أقوى من الكتابة .

وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، هذا لفظه فثبت أن هذا النقل إنما هو في ما إذا أوجب باللفظ لا بالكتابة .

نعم : صح القبول لفظًا إذا أوجب بالكتابة كـذا ذكره الرافعي بعد هذا في ما إذا وقع ذلك في النكاح ، والبيع أولى بالصحة منه .

قـوله : وإن كتـب إذا قرأت كـتـابي فأنت طـالق فقـرأته طلقت ، قـال الإمام: ولم يختلف علمـاؤنا ، أنها إذا طالعته وفهمت مـا فيه يقع الطلاق ، وإن لم يتلفظ بشيء فإن قـرأ غيرها عليهـا فوجهان أحـدهما : يقع الطلاق لأنها اطلعت على المقصود .

وأصـحهـمـا : المنع لأنها أهل للـقراءة ولم تقـرأ فـإن كانت لا تحسن القراءة فـقرأ عليـها طلقت وفـيه وجـه ضعيف ، وقـائله جعله من التـعليق بالمستحيلات ، ولو كان الزوج لا يعـرف هل هي قارئة أم لا فيجوز أن يقال ينعقد التعليق على قراءتها بنفسها نظرًا إلى حقيقة اللفظ ، ويجوز أن يتعلق على الفـهم والإطلاع لأن الأصل في النسـاء عـدم المعرفـة بذلك ، والأول أقرب . انتهى ملخصًا .

وهذه المسائل كلها يفرض مثلها في تعليق عزل القاضي ، ولـم يصرحوا هناك إلا ببعـضها لكن صحح الـرافعي في ما إذا قرأ عليـه وهو قارىء أنه ينعزل وستـعرف لفظه هناك ، والصواب التسـوية وعدم العزل والطلاق ،

وما صححوه أيضًا هنا من الطلاق إذا لم تحسن القراءة مشكل ؛ لأن الصحيح في التعليق بالمستحيل أنه لا يقع ، وهذا أولى منه ؛ لأنه ممكن في نفسه ، وقد علق عليه ولم يخرجه عن مدلوله فإن فرض أنه أراد الاطلاع على المقصود فمسلم وليس الكلام فيه .

قوله : أما إذا كتب : إذا أتاك أو بلغك أو وصل إليك كتابي فأنت طالق فوصلها بعض الكتاب دون بعض ، فإن انمحى موضع الطلاق فأوجه :

أصحها : لا يقع ، وثالثها : إن قال :كتابي وقع ، وإن قال: كتابي هذا لم يقع .

وإن بقي موضع الطلاق ولكن انمحت المقاصد كلها كسبب ذكر الطلاق ونحوه ففيه الأوجه ، والوقوع هنا أولى .

وإن بقيت المقاصد كلها ولكن انمحت السوابق واللواحق كالتسمية ، وصدر الكتاب والحمد والصلاة ففيه الأوجه ، والأظهر عند الإمام هو الوقوع . انتهى ملخصًا .

والأصح في القسم الأخير هو ما صححه الإمام كذا صححه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في أصل « الروضة » .

قوله : قال الإمام : وكنت أحب أن يفرق في هذه الصور الثلاث بين أن يبقى معظم الكتاب أو يختل ـ فإن للمعظم أثرًا في بقاء الاسم وعدمه . انتهى كلامه .

وهذا الذي رده الإمام قد صرح بنقله الشاشي في « الحلية » فقال : وقيل : إن وجد أكثر الكتاب طلقت . هذا لفظه ، لكنه لم يطرده في ما إذا انمحى موضع الطلاق .

قوله : ولو كتب : إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق فبلغها كله فهل يقع لاشتمال الكل على النصف أم لا ؛ لأن النصف في مثل هذا يراد منه المنفرد ؟ وجهان عن صاحب « التقريب » . انتهى .

والأصح في نظائر المسألة هو : الوقوع ، فقد جزم الرافعي قبيل كتاب «التدبيـر » نقلاً عن زيادات أبى عاصم العـبادي أنه إذا قال : إن اشـتريت عبدان في صفقة فلله على إعتاقهما فاشترى ثلاثة صفقة فيلزمه إعتاق اثنين لوجود الصفة ، وقال أيضًا في تعليق الطلاق في أوائل الفصل السابع منه: لو قال : إن أكلت رمـانة فأنت طالق وإن أكلت نصف رمـانة فأنت طالق فأكلت رمـانة طلقت طلقتين فلو كان التـعليق بصيغـة كلما طلقت ثلاثًا ؛ لأنها أكلت رمانة ونصف رمانة مرتين ، وقد صحح النووي من « زوائده » الوقوع في مسألتنا أيضًـا إلا أنه لم يستحضر شيئًـا من هذه المسائل المستند إليها وقوع الطلاق .

قوله : فـرع : حرك لسـانه بكلمة الطلاق ولـم يرفع صوته قدرًا يـسمع نفسه.

قال المتولي : حكى الزجاجي أن المزني نقل فيه قولين :

أحدهما : تطلق ؛ لأنه أقوى من الكتب مع النية .

والثـاني : لا ؛ لأنه ليس بكلام ؛ ولـهذا يشـتـرط في قـراءة الصـلاة أن يسمع نفسه . انتهى .

قال في « الروضة » الأظهـر : الثـاني ؛ لأنـه في حكم النية المجردة بخلاف الكـتب فإن المعتـمد في حـصول الطلاق به حـصول الإفـهام ولم يحصل .

قولـه في « الروضة » : ولو فـوض الطلاق فلا يشـترط إتفـاق اللفظين على الصحيح ، ثم قال : ولو قال : طلقـي نفسك فقالت للزوج : طلقتك ، ففيه هذا الخلاف . انتهى كلامه .

ومقتضاه أن الصحـيح الوقوع بمجيء هذا وليس كذلك ، فإن الصحيح أن هذا اللفظ كناية كما صرح به المصنف بعد ذلك في آخر الركن الرابع ،

وإذا كان كناية فلا يكون مما يجيء فيه إلا بالنية ، وقد صرح به الرافعي هنا ولكن أهمله النووي وكأنه نظر إلى لفظ الطلاق وذهل عما ذكروه هناك فتركه .

قوله : ولو قال : طلقي نفسك ، فقالت: سرحت نفسي، طلقت بلا خلاف لاشتراكهما في الصراحة . انتهى .

وما ادعاه من عدم الخلاف باطل فقد سبق قول الشافعي أن الفراق والسراح كنايتان .

قوله أيضًا في « الروضة » : فرع : قال المتولي : لو قال ثلاث مرات اختاري ، وقال : أردت واحدة لم تقع إلا واحدة . انتهى كلامه .

لم يزد النووي على هذا ، وذكر الرافعي بعد هذا ما نصه : خلافًا لأبي حنيفة وذكر إسماعيل البوشنجي إذا قال : اختاري اختاري اختاري فقالت: اخترت الأولى أو الوسطي فالقياس أنه يقع واحدة ، وقال أبو حنيفة : تقع الثلاث . انتهى .

ثم ذكر الرافعي بعده فروعًا ذكرها النووي وأسقط ما ذكرته فاعلمه .

قوله : ولو قال : طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة أو اثنتين وقع ما أوقعته ، ثم إن أوقعت واحدة فراجعها في الحال قال البغوي في «الفتاوى»: لها أن تطلق ثانية أو ثالثة ؛ لأنه لا فرق بين أن يطلق الثلاث دفعة وبين قولها طلقت نفسي واحدة وواحدة فلا يقدح تخلل الرجعة بين الطلقتين . انتهى كلامه .

والصواب تقييد الجواب أيضًا بالحال فنقول : لها أن تطلق في الحال ثانية وثالثة ك لأن الصحيح أن هذا تمليك لا توكيل وحينئذ فلابد من القبول على الفور فتفطن لذلك .

قال ـ رحمه الله ـ :

الركن الثالث : القصد إلى الطلاق

فيشترط أن يكون قاصداً لحروف الطلاق لمعنى الطلاق ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه .

ثم قال بعد ذلك : ولو لقن الطلاق بلغة لا يعرفها فقالها وهو لا يعرفها لم يقع طلاقه ، فلو قال : أردت بهذا اللفظة معناها بالعربية لم يقع على الأصح ، ولو قال : لم أعلم أن معناها قطع النكاح ولكن نويت بها الطلاق، وقصدت قطع النكاح لم يقع الطلاق كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها ، وقال : أردت الطلاق . انتهى كلامه .

ولقائل أن يقول إذا كان الأمر على ما ذكره فما الفرق بين الصريح والكناية؟ حيث قالوا : إن الصريح لا يحتاج إلى النية بخلاف الكناية ، وقد جمع بينهما بعض فضلاء العصريين بأن .

الصريح : يشترط فيه قصد اللفظ والمعنى .

وأما الكناية فيشترط فيها أيضًا أن يكون الإيقاع بذلك اللفظ.

وقد ذكر الرافعي في الكناية ما يؤيد مقالة هذا القائل فيها ، فقال : قال إسماعيل البوشنجي: إنما يقع الطلاق بقوله : أنت حرام على إذا نوى حقيقة الطلاق وقصد إيقاعه بهذا اللفظ . هذا كلامه .

وقول الرافعي في أول الكلام بمعني الطلاق هو بلام الجر لا بالباء وقد تقرر مما سبق من كلام الرافعي أنه لابد أيضًا من العلم بمدلول اللفظ وحينئذ فلا يكفي قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق .

قوله : ولو كانت زوجته تسمى طالقًا وعبده يسمى حرًا فقال لها : يا طالق ، وله : يا حر ، فإن قصد النداء فلا طلاق ولا عتق ، وإن قصد الطلاق والعتق حصلا، وإن أطلق ولم ينو شيئًا فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: أصحهما على النداء وبه قطع البغوي . انتهى كلامه .

وصورة المسألة ما إذا كانت التسمية بطالق وحر ونحوه كعتيق مستمرة إلى حال النداء ، فإن كان اسم العبد قبل جريان الرق عليه حرًا فناداه به فإن قصد العتق أو لم يقصد شيئًا عتق ، وإن قصد نداءه بالاسم العتيق لم يعتق في الأصح ، وقيل : يعتق ؛ لأنه صريح كذا ذكره الرافعي في أول كتاب العتق إلا أنه لم يذكر النداء بطالق ، بل اقتصر على النداء بالعتق ولما ذكر صور المسألة بما إذا كان اسمه حرًا قبل جريان الرق ، والمتجه اعتبار التسمية بذلك في حال النداء سواء كان قبل جريان الرق أو بعده وسواء كان في ملكه أو ملك غيره فتفطن له .

قوله : وحكى الغزالي في « البسيط » أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئًا فلم يعطوه ، فقال [متضجرًا] (١) منهم : طلقتكم ثلاثًا ، وكانت زوجته فيهم وهو لا يعلم فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق قال : وفي القلب منه شيء ، ولك أن تقول : ينبغي أن لا تطلق ؛ لأن قوله: طلقتكم لفظ عام وهو يقبل الاستثناء بالنية كما لو حلف لا يسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه لم يحنث وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها . انتهى كلامه .

واعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ ذكر مقدمتين يستنتج منهما عدم الوقوع .

الأولى : أن طلقتكم عام قابل للاستثناء قياسًا على ما ذكره الأصحاب فيما إذا قال السلام عليكم .

والمقدمة الثانية أنه إذا لم يعلم أن زوجته في القوم يكون مقصوده بالطلاق غيرها ، لأن قصدها يستدعى العلم بها وقصد غيرها تخصيص للفظ .

إذا علمت ذلك ، ففيه أمران :

---

(١) في جـ : متبرمًا .

أحدهما : أن المقدمة الأولى واضحة الصحة ، وقد توهم النووي أن مراد الرافعي بها إثبات عدم الطلاق بالقياس على السلام فشرع يفرق بينهما فقال ما نصه : قلت : هذا الذي قاله إمام الحرمين والرافعي كلامهما عجب منهما .

أما العجب من الرافعي : فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ؛ لأنه هنا علم به واستثناه وهناك لم يعلم بها ولم يستثنها، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه .

هذا لفظه وهو إعتراض فاسد، وقد تبين لك وجه فساده .

الأمر الثاني : أن المقدمة الثانية ليست صحيحة لأن الواعظ المذكور قصد خطاب الحاضرين جميعهم بالطلاق غير أنه لم يعلم أن زوجته فيهم وعدم العلم عند قصد الخطاب باللفظ الصالح للإيقاع لا يمنع الإيقاع ، ولهذا إذا خاطب زوجته بالطلاق وهو يعتقدها أجنبية وقع فهاهنا كذلك بل أولى؛ لأنه في هذا وأمثاله لا تخطر له زوجته لا نفيًا ولا إثباتًا وحينئذ فلا يلزم من عدم علمه بكونها فيهم أن يكون مقصوده غيرها فقط لا هي لأنه قد لا يستحضرها بالكلية ، بل قد يقصد المخاطبين ذاهلاً عن حكم الزوجة .

وأما دعواهم أن قصد بعض الأفراد يخصص فاعلم أن هذه المسألة كثيرة الوقوع في الفتاوي تلتبس على من لا اطلاع لديه ولا تحقيق وإيضاح الحق فيها أن نقول : إذا قال الشخص مثلاً : والله لا كلمت أولاد زيد فله أحوال :

أحدها : أن لا يقصد شيئًا معينًا فلا إشكال في حنثه بالجميع ؛ لأن اللفظ يدل على الجميع بالوضع فلم يحتج إلى قصده .

الثاني : أن يقصد إخراج بعضهم ويقصد مع ذلك إثبات الباقي أو لا يقصد شيئًا فلا إشكال في عدم الحنث بالمخرج لأنه خصص يمينه بالقصد .

الثالث : أن يقصد بعض الأفراد وسكت عما عداه فهذا هو محل

الالتباس والحق فيه أن الحنث بالجميع أيضًا؛ لأن دلالة اللفظ عليه موجوده غير أنه أكد بعض الأفراد بقصده فاجتمع على البعض المنوى قصده ودلالة اللفظ ووجد في غير المنوى دلالة اللفظ فقط وهي كافية لما ذكرناه .

وهذا الذي ذكرته قد أجاب به القرافي بعينه وحقيقته الفرق بين القصد إلى البعض وبين تخصيص البعض ، فإن الثاني يستدعى إخراج غيره فإن التخصيص هو الإخراج .

نعم : إن قصد إخراج اللفظ عن ما وضع له واستعماله في بعضه مجازًا فمعناه التخصيص ولا يحنث بغير المقصود .

قوله : في المسألة من « زياداته » وأما العجب من الإمام فلأنه تقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق وأيضًا فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل ، وقوله :طلقتكم خطاب رجال فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل فينبغي أن لا تطلق لما ذكرناه ، لا لما ذكره الرافعي فهذا ما تقتضيه الأدلة . انتهى كلامه .

وما اعترض به أولاً على الإمام لا يرد عليه ؛ لأن الشرط قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق لا قصد إيقاع الطلاق ولا شك أن هذا الواعظ لم يقصد الإيقاع إما أنه لم يقصد معناه فممنوع ، واعتقاد عدم الوقوع لا يمنع قصد المعنى بدليل ما قلناه في من طلق زوجه ظانًا أنها أجنبية وأما ما ذكره ثانيًا من أنه قد علم من مذهب أصحابنا إلى أخره .

فيقال : دل الدليل على دخول امرأته ؛لأن الفرض أنه خاطب الحاضرين وامرأته منهم ولا نزاع في جواز التعبير بلفظ المذكر عند اجتماع المذكر والمؤنث .

واعلم أن في « فتاوي الغزالي » أنه لو زاحمته امرأة في طريق فقال

تأخرى يا حـرة فبانت أمتـه لا تعتق كذا نقله الرافـعي عنه في أوائل العتق ولم يخـالفه هو ولا النووي وهي نظيـر مسـألتنا فإنه قـد نص هنا على أن النداء بالصريح صريح كقوله : يا طالق .

قوله : واحـتجـوا على أن طلاق المكره لا يقع بما روى أنه عليـه الصلاة والسلام قال : « لا طلاق في إغلاق » (١) .

والإغلاق : هو الإكراه (٢) .

وقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيـان وما استكرهوا عليه » (٣) ، وروى أن رجلاً تدلى من جـبل بحبل ليشـتار عسـلاً فجاءته امـرأته وقالت طلقني ثلاثًا أو لأقطعن الحبل فطلقهـا ثلاثًا ثم أتى عمر ﵁ فقـال : ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق (٤) . انتهى .

أما الإغلاق فهو بالغين المعجمة والقاف .

وأما الشـتار فإنه بالشين المعجـمة والراء المهملة ، يقـال :شرت أشور

---

(١) أخرجـه أبو داود (٢١٩٣) وابن ماجـة (٢٠٤٦) وأحمد (٢٦٤٠٣) والحـاكم (٢٨٠٢) والدارقطني (٤/ ٣٦) وأبو يعلي (٤٤٤٤) وابن أبـي شيـبـة (٤/ ٨٣) والبـيـهـقي في « الكبـري » (١٤٨٧٤) والطبـراني في « مسند الشـاميين » (٥٠٠) وابن الجـوزي في « التحـقيق » (١٧٠٩) مـن حـديث عائشة ﵂ .

قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وقال الألباني : حسن .

(٢) وهو تفسير أكثر علماء الغريب .

(٣) أخرجـه ابن ماجة (٢٠٤٥) وابن حـبان (٧٢١٩) والدارقطني (٤/ ١٧٠) والطبراني في « الكبـير » (١١٢٧٤) وفي « الأوسط » (٨٢٧٣) وفي « الصغير » (٧٦٥) والبيهقي في « الكبري » (١٤٨٧١) والطحاوي في « شرح المعاني » (٤٢٩٢) من حديث ابن عباس ﵄.

صححه الحاكم والذهبي والحافظ ابن حجر والشيخ أحمد شاكر .

وحسنه الشيخ الألباني .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور (١١٢٨) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٨٧٦) وابن الجوزي في « التحقيق» (١٧١٠) .

على وزن قلت أقول واشترت على وزن اخترت واجتلت إذا جنيته من مكان النحل في الجبال أو غيرها ، وأشوت لغه فيه كذا ذكره الجوهري في الكلام على شور .

وحديث : « رفع عن أمتي» حسن ، وقد نبه عليه في « الروضة » من « زوائده » في آخر تعليق الطلاق وأما الطلاق في إغلاق [ ] (١) .

قوله : الثانية : إن ورى المكره بأن قال : أردت بقولى طلقت فاطمة غير زوجتي أو نوى الطلاق من الوثاق ، أو قال في نفسه : إن شاء الله لم يقع الطلاق ، وإذا ادعى التورية صدق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطواعية . انتهى كلامه .

وهذا الذي جزم به من عدم الوقوع في ما إذا قال في نفسه : إن شاء الله تبعه عليه أيضًا في « الروضة » وهو وجه ضعيف ، والمشهور أن التعليق بمشيئه الله تعالى لا يؤثر إلا إذا تلفظ به ولا أثر لنيته بل يحكم عليه والحالة هذه بالوقوع في ما بينه وبين الله تعالى ولابد من ذكره كذا ذكره الرافعي في آخر الباب السابق وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه .

قوله : وإن ترك التورية مع إمكانها فوجهان : أحدهما وهو المذكور في الكتاب واختيار القفال : أنه يقع طلاقه .

وأصحهما : على ما ذكره صاحب « التهذيب » والروياني: المنع ؛ لأنه مجبر على اللفظ ولا نية له . انتهى .

والأصح هو الثاني فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » :إنه الأصح وفي « المحرر » : إنه الأظهر وصححه النووي في « الروضة » ولم ينبه على أنه من زياداته ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له فإنه غريب .

---

(١) بياض في الأصول .

قوله في الإكراه : وتخويف ذى المروءة بالصفع في الملأ .

اعلم أن الملأ بالميم هو الجـمع كما قـاله الجوهرى وقال : غـيره : إنه يطلق أيضًا على الأشراف .

قوله : ولو قال : طلقت وأنا صبي أو أنا نائم قال أبو العباس الروياني: يصدق بيمينه . انتهى .

أقره الرافعي في النائم على ما قاله ولم يزد في « الروضة » على قوله: إن فيه نظرًا ، وهو عـجيب منهما فقد جزمـا في أول كتاب الأيمان بأن من ادعى عدم القـصد في الطلاق والعتاق لا يصـدق في الظاهر ، لتعلق حق الغير به، هذا لفظهما .

قوله : لا يقع طلاق المجنون والمغمى عليه وكل من زال عقله بسبب هو غير متعـد فيه كما لو أوجر الخمر ، ثم قال ما نصـه : وعد من هذا القبيل ما إذا شرب دواء يزيل العقل على قصـد التداوى ، ولك أن تقول في التداوي بالخمـر خلاف يذكر في موضـعه فإن جـرى ذلك الخلاف في الدواء المزيل للعـقل وقـد اطرد في القليل والكثـيـر فالمذكـور هاهنا جـواب على جـواز التـداوى ويمكن أن يقـدر تخـصـيص الخـلاف بالـقـدر الذي يزيل العـقل [وتصـوير] (١) هذه الصـورة [في ما] (٢) إذا ظن أن القـدر الذي تناوله لا يزيل العقل ، وكذلك صوره أكثرهم ، وإن لم يجر ذلك الخلاف في الدواء المزيل للعقل فكان السبب فـيه أن الطبع يدعو إلى شرب الخمر فيحـتاج فيه إلى المبالغة في المنع والزجر بخلاف الأدوية . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الشرح الصغير » أيضًا ،وحاصله التردد من غير ترجيح في أنه هل يتخـرج عليه أم لا ؟ وإذا خرج فـهل يخرج القليل والكثـير أم الكبير فـقط ويجزم في القليل بالجواز ؟ وقد أعـاد الرافعي المسألة في باب حد الخمر وجزم بالتخريج ولم ينقل خلافه فقال : ولو احتيج في قطع اليد

---

(١) في جـ : وتتصور .

(٢) في جـ : بما .

المتآكلة ـ نعوذ بالله ـ إلى ما يزيل عقله من غير الأشربة كالبنج خرج ذلك على الخلاف في التداوي بالخمر هذه عبارته ، فإذا كان يمتنع هذا عند من يمنع التداوي بالمسكر مع كونه مقطوعًا بحصول المطلوب منه وهو زوال العقل المخفف للألم فلأن يمتنع في ما عداه من المظنونات بطريق الأولى ، وقد نص الشافعي ـ رحمه الله ـ في « الأم » على الجواز ولم يلحقه بالتداوي بالخمر فقال في باب طلاق السكران ما نصه : ولو شرب بنجًا أو حريفاً أو مرقداً ليعالج به من مرض فأذهب عقله فطلق لم يلزمه الطلاق من قبل أنه ليس في شيء من هذا أن يضربهم على شربه في كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإذا كان هذا هكذا كان جائزًا أن يؤخذ الشيء منه للمنفعة هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته ، ويتضح به بطلان ما ذكره الرافعي هناك ، ولم يتعرض في « الروضة » هنا لما ذكره الرافعي من الترديد في التخريج واقتصر على عدم وقوع الطلاق، وذكر هناك ما ذكره الرافعي ثم اعترض عليه فقال : الأصح هنا الجواز ، وقد سبق في مسائل طلاق السكران ومن زال عقله ما يقتضي الجزم به ، ولو احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح جاز تناوله قطعًا كما سبق هناك والله أعلم . هذه عبارته ، وهو عجيب من وجهين :

أحدهما : أنه يناقض بعضه بعضًا فإنه أثبت الخلاف أولاً ونفاه آخرًا.

الثاني : في دعواه الجزم به هناك ، وسببه أنه يختصر فيتصرف ثم ينسى فيستدرك .

قوله : فإذا تعدى بشرب الخمر فسكر فقولان .

أصحهما : يقع طلاقه .

والأظهر على ما ذكره الحليمي وغيره: أن القولين جاريان في الأقوال والأفعال ، قال الإمام : لكن شارب الخمر يعتريه ثلاثة أحوال : أحدها : هزة ونشاط يأخذه إذا ذيب الخمر فيه ولم يستول عليه بعد ولا يزول العقل

في هذه الحالة وربما احتد.

والثانية : نهاية السكر وهو أن يصير طافحًا ويسقط كالمغشي عليه لا يتكلم ولا يكاد يتحرك .

والثالثة : حالة متوسطة بينهما ، وهو أن تختلط أحواله ولا تنتظم أقواله وأفعاله ويبقي تميز وفهم [كلام] (١) ، فهذه الثالثة سكر وفي نفوذ الطلاق فيها الخلاف المذكور ، وأما الحالة الأولى فينفذ طلاقه فيها بلا خلاف لبقاء العقل وانتظام القصد [والكلام](٢) .

وأما الحالة الثانية : فالأصح عند الإمام والغزالي أنه لا ينفذ طلاقه ؛ إذ لا قصد له ، ولفظه كلفظ النائم ، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف لتعديه بالسبب إلى هذه الحالة ، وهذا أوفق لإطلاق الأكثرين . انتهى كلامه.

فيه أمران :

أحدهما : أن تنفيذ تصرفه على القول بصحته محله إذا لم يتوقف على نظر فأما إذا توقف عليه بأن كان نائبًا فيه من غيره كتصرف الوكيل والولى والإمام وكذا الوصى إن قلنا : لا ينعزل بالفسق ، ففي نفوذه وجهان حكاهما الرافعي في النكاح في الفصل المعقود لسوالب الولاية في الكلام على ولاية السكران وتقدم ذكر لفظه هناك ، وأسقطه النووي من «الروضة».

الأمر الثاني : أن ما ذكره في القسم الثاني من ترجيح جريان الخلاف قد جزم بعكسه في النكاح في الموضع المذكور وهو غريب ، وقد أسلفنا هناك لفظه فراجعه ووقع الموضعان في « الروضة » على هذا التناقض.

والطافح بالفاء والحاء المهملة ، قال الجوهرى هو الذي ملأه الشراب .

---

(١) في الأصول : وكلام ، والمثبت من الروضة .

(٢) سقط من جـ .

الركن الرابع : المحل

قوله : وحكى الحناطي قولاً ضعيفًا في الشعر أنه لا يقع به الطلاق كما لا ينقض الوضوء ، ولا شك في اطراده في السِّن والظفر . انتهى .

وبين المسألتين فرق ظاهر ذكره في « الروضة » وهو أن اتصال السن آكد من الشعر ، قال : وأما اشتراكهما في نقض الوضوء وعدمه فلعدم الإحساس أو لأنهما جزءان فأشبها اليد .

قوله : وفي الشحم تردد للإمام ـ رحمه الله ـ وميله إلى أنه لا يقع الطلاق ، والأقرب وقوعه لأنه جزء من البدن وبه قوامه ، ولأن الشحم كالسمن ولو قال: سمنك طالق يقع الطلاق . انتهى كلامه .

واعلم أن السمن معنى من المعاني كالحسن والملاحة وإذا أضاف الطلاق إلى المعاني لا يقع الطلاق ، وحينئذ فما ذكره الرافعي هنا غير مستقيم ولأجل ما ذكرناه اختلفت نسخ الرافعي اختلافًا كبيرًا ففي كثير منها ما ذكرناه وهو الموجود في « الشرح الصغير » أيضًا ، وفي بعضها سمين بزيادة الياء وهو جيد ، وفي بعضها لم يقع بزيادة لم وهو عكس مقصود الرافعي ؛ فإنه يعلل الوقوع لا عدمه ، وصرح في بعضها بجعله علة لعدم الوقوع فقال : ووجه المنع أن الشحم كالسمن ولو قال : سمنك طالق لم يقع . هذه عبارته ، وقد ذكر المسألة في « الروضة » على الصواب فجزم بعدم الوقوع فقال : ولو أضاف إلى الشحم طلقت على الأصح وإلى معنى قائم بالذات كالسمن والحسن إلى أن قال : لم تطلق ، غير أن الرافعي لم يحك في الشحم إلا ترددًا للإمام ، ولم يصرح بما صرح به في « الروضة» من حكاية الوجهين .

قوله في أصل « الروضة » : ولو أضاف إلى الدم طلقت على المذهب . انتهى .

هذا الكلام يؤخـذ منه حكاية طريقين في المسـألة، وأما كـون الأصح طريقة الوجـهين أو القطع فلا ؛ إذ لا اصطلاح له فـيه مع أن الرافـعي قد ذكره وصحح طريقة الوجهين .

قـوله : [ولأن] (١) لو قال : أنت طالق نصف طلقـة تقع طلقة ويجعل النصف عبـارة عن الكل ، ولا يمكن أن يقال : يقع النصف ثم يسـرى عليه، فكذلك هاهنا أي في طلاق العضو . انتهى كلامه .

وهذا الذي ادعـــاه من عـدم إمكان السـراية غـريب، بـل هو ممكن ومذهوب إليـه ،وقد صرح هو به في الباب الذي بعـد هذا في أول القسم الثـاني من الفصل الثـالث فقـال : وذكر الإمـام ـ رحمه اللـه ـ أن وقوع الطلاق ببعض الطلقة على سبيل التعبير بالبعض عن الكل ، ولا يتخيل هنا مجيء السراية في قوله : نصفك طالق ولكن لا يظهر بينهما فرق محقق ، وفي كلام الشيخ أبـى حامد وغيره أنه يجـوز أن يكون ذلك بطريق السراية ويجـوز أن يلغى قولـه : نصف طلقة، ويعـمل قـوله : أنت طالق . هذا كـلامه ومـقتـضاه رجـحان كـونه بطريق السـراية ، ووقع الموضعـان في «الروضة» كذلك ولا ذكر للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر» وقد اسـتفـدنا من المذكـور هناك ثلاث تنزيلات :أما السـراية أو التـعبـير بالبعض عن الكل ، أو إيقاع طلقة كاملة بلفظ حقيقي وللخلاف فائدتان :

إحداهما : إذا قال : أنت طالق ثلاث طلقات إلا نصف طلقة ، فإن جعلناه من باب السـراية أوقعنا هاهنا ثلاثًا ؛لأن السـراية في الإيقاع لا في الرفع ، وإلا لم يكن بعض الطلقة موقعًا للطلاق .

الفائدة الثانية : إذا قالت المرأة : طلقني طلقة على ألف فطلقها نصف طلقة، وقد تقدمت المسألة في الخلع لأمر مهم فراجعها .

---

(١) في جـ : وأنه .

قوله : ومنها قال المتولي : إن القول بعدم الطلاق في ما إذا قال القائل: حسنك أو بياضك طالق ، مبني على القول بالسراية ؛لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات ، أما إذا جعلنا البعض عبارة عن الجملة فتجعل الصفة عبارة عن الموصوف . انتهى .

قال في « الروضة » : هذا الذي قاله المتولى ضعيف مخالف للدليل ولإطلاق الأصحاب .

قوله : لو أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه ففيه الوجهان المتقدمان في أنه من باب السراية أو من باب التعبير بالبعض عن الكل ، فإن أضافه إلى جزء شائع قال الإمام : المذهب تقدير السراية ؛ لأن العبد يمكن تبعيض العتق فيه ووقوعه عليه بخلاف الطلاق ، وقيل : فيه الوجهان ؛ لأن إعتاقه بعض عبده غير متصور . انتهى .

قد أعاد المسألتين في أوائل العتق ، فأما المسألة الأولى فحاصل ما ذكره فيها طريقان :

أحدهما : القطع بأنه من باب التعبير بالبعض عن الكل حتى يقع دفعة واحدة .

والثاني : على وجهين [وأما المسألة الثانية فحكى فيها وجهين] (١) ولم يذكر الطريق التي نقل عن الإمام تصحيحها ، ولم يخالفه فيها ، وأما ما ادعاه من عدم التصور وأقره عليه فليس كذلك ، بل يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه ، وقلنا بالأظهر : أنه ينفذ عتق الموسر ، وكذلك إذا رهن بعض عبد وكان موسراً بقيمة الباقي الذي ليس بمرهون ، ثم أعتق ذلك البعض وهو غير المرهون .

قوله : ولو فصلت أذنها ثم ألصقت فالتحمت أو سقطت شعرة ثم نبتت فى موضع آخر ونمت فأضاف الطلاق إليها لم تطلق المرأة على الأصح . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

وقوله فى موضع آخر تبع فيه الغزالي : وليس هو شرطًا فلو نبتت في موضعها كان كذلك ، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير«الوسيط » بخلاف مسألة الأذن فإنها مشهورة بالوجهين ، لكن أنكر إمام الحرمين تصورها في العادة ولا امتناع في ذلك ، وقد نبه عليه في «الروضة» .

قوله : ولو قال لزوجته : أنا منك طالق ونوى إيقاع الطلاق عليها طلقت، وإن لم ينو إيقاعه عليها فالصحيح وبه أجاب الجمهور: أنها لا تطلق ، وقيل : تطلق ، فعلى هذا لابد من نية أصل الطلاق ؛ لأن اللفظ كناية لكونه أضيف إلى غير محله ، وعلى الأول فمتى نوى إيقاعه عليها كان ناويًا أصل الطلاق ، ولو جرد اللفظ إلى تطليق نفسه ، ولم يقتصر على نية أصل الطلاق لم يقع طلاقه ، وقيل: على الوجهين . انتهى كلامه .

واعلم أن هذا العمل جميعه ينتظم بدون تقييد المسألة بقوله منك، وحينئذ فلا يكون ذلك شرطًا في المسألة على خلاف ما يوهمه كلام الرافعي و «الروضة» ولأجل ما ذكرناه حذف الدارمي في « الاستذكار » هذا القيد وحينئذ فإذا كانت له زوجة واحدة وقصد طلاقه منها فلا كلام، وإن كانت له زوجات وقصد طلاق واحدة منهن وقع على واحدة وتعين .

الركن الخامس : الولاية على المحل

قوله : وإن علق بفعلها فإن لم يكن لها منه بد كالنوم والقيام والقعود والأكل والشرب والطهارة ففار . انتهى .

قال في « الروضة » : وهذا في الأكل الذي تحتاج إليه فإن أكلت متلذذة أكلاً يضرها فليس بفار قاله الإمام . انتهى كلامه .

وقد ذكر الإمام أقسامًا أخرى أهمل النووي التصريح ببعضها فقال : أما الضرورة فلا يرعاها ، وإذا أكلت أكلاً عدمه يضرها فليست مختارة ، وإن تلذذت بالطعام وهو يضرها فيجعلها كالمختارة، وإن تلذذت والأكل ينفعها فيجوز أن يلحق بجنس الطعام فإن الفصل بين هذه المراتب عسر

ويجوز أن تجعل كالمختارة ، والذي أراه التعويل في هذا على ظنها وإن كان في نفس الأمر خلاف ذلك فإن ظنت أن ذلك لا يضر فليست مختارة وإن ظنت أنه يضر فهى مختارة .

قوله : ولو فسخ النكاح بعينها أولاً عنها ، وكان القذف في المرض فليس بفار على الصحيح . انتهى .

وما ذكره من تخصيص الخلاف فيما إذا كان القذف في المرض ليس كذلك ،بل نقل ابن الرفعة فيما إذا كان القذف في الصحة أيضًا وجهين وفيما إذا كان في المرض ثلاثة أوجه ، ثالثها: إن كان هناك ولد أو لم يكن، ولكن طلبت فلا إرث ، وإن لم تطلب ولانسب فترث ، وحكى الماوردي في اللعان أوجهًا ، ثالثها : إن كان القذف في الصحة لم ترث وإلا ورثت .

قوله في « الروضة » : قلت: المبتوتة إنما ترث المبتوتة زوجها على القديم ثم إذا أنشأ بتحرير طلاق لزوجته الوارثة بغير رضاها في مرض مخوف واتصل به الموت ومات بسببه في ذلك المرض . انتهى.

وتقييده بالإنشاء يرد عليه ما ذكره قبل ذلك أنه إذا علق طلاقها بشيء لا بد لها منه كالأكل والشرب ففعلت فإنه يكون فارًا. مع أنه ليس بتنجيز.

وقوله : زوجته الوارثة بغير رضاها لابد فيه من زيادة قيد العلم وإلا يخرج عنه من طلق زوجته الأمة بعد عتقها وقبل علمه فإنه لا يكون فارًا مع صدق الحد عليه ، وكذلك طلاق الذمية قبل العلم بإسلامها بعد إسلامها كطلاق الأمة بعد عتقها .

قوله : ولو أبان المسلمة في المرض فارتدت وعادت إلى الإسلام في العدة ورثت ؛ لأنها بصفة الوارثين يوم الطلاق ويوم الموت وكذا لو عادت بعد انقضاء العدة إن قلنا : إن المبتوتة ترث بعد انقضاء العدة . انتهى كلامه.

وهذا الذي جزم به من كونها ترث تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وهو خلاف ما نص عليه الشافعي في « الأم » فإنه قال في باب طلاق المريض تفريعًا على أن الفار يورث منه ما نصه : ولو طلقها ثلاثًا وهو مريض ثم ارتدت عن الإسلام ثم عادت إليه ، ثم مات ولم يصح لم [ترثه] (١) لأنها أخرجت نفسها من الميراث . هذا لفظه ،فجزم بأنها لا ترث وإن عادت قبل الموت وبينه وبين كلام الرافعي تباين فاحش .

قوله : ولو طلق الأمة في المرض وعتقت واختلفا فقالت : طلقني بعد العتق فأرث وقال الوارث: بل قبله فلا إرث فالقول قول الوارث بيمينه لأن الأصل بقاء الرق . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن الأصل بقاء الزوجية كما أن الأصل بقاء الرق، وحينئذ فيتعارض أصلان ، وقد نقله الدارمي في « الاستذكار » عن ابن المرزبان بأن المرأة تحلف وعلى الورثة البينة .

الثاني : أنه لم يتعرض لهما إذا اختلفا في تقدم الإسلام وتأخره عن الطلاق ، وقد ذكرها الدارمي أيضًا وقال : إن المرأه تحلف ،وحكى عن الربيع قولاً آخر أن القول قول الورثة .

قوله : ولو أقر في المرض بأنه أبانها في الصحة فلا يجعل فارًا ويصدق في ما يقوله [وتحسب] (٢) العدة يومئذ ، وفيه وجه للتهمة . انتهى .

وتعبيره بيومئذ تبعه عليه في « الروضة » والمراد به يوم الحكم بالوقوع لا يوم الإقرار كذا صرح به الرافعي في [أوائل] (٣) باب تعليق الطلاق في الكلام على ما إذا قال: أنت طالق أمس فتفطن له فإن المسألة قل من نقلها في بابها .

---

(١) في جـ : ترث منه .

(٢) في جـ : وتجب .

(٣) سقط من جـ .

الباب الثالث
في تعدد الطلاق

قوله : روى أن ركانة بن عبد يزيد أتى رسول الله ﷺ فقال : إني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : « آلله ما أردت إلا واحدة ؟» [فقال : والله ما أردت إلا واحدة] (١) فردها إليه رسول الله ﷺ (٢) . انتهى .

وركُانة براءة مهملة مضمومة وبالنون بعد الألف وهو مأخوذ من الوقار بمعنى السكينة، يقال منه: ركن بالضم ركانة فهو ركين ، وهذا الحديث رواه الشافعي وأبو داود والدارقطني ، وقال أبو داوود : إنه حديث صحيح إلا أنهم إنما رووه بواو القسم مع لفظ الله في المرات الثلاث .

نعم رواه البيهقي بتكراره مرتين فقط بلا واو ولفظه : « فأتى النبي ﷺ فأخبره فقال : «ما نويت بذلك ؟» فقال واحدة ، قال : «آلله ؟» فقال : آلله، قال : « فهو ما أردت » (٣) .

وقد ذكر الرافعي الحديث في كتاب الأيمان عاريًا عن الواو .

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه أبوداود (٢٢٠٦) والترمذي (١١٧٧) وابن ماجة (٢٠٥١) والدارمي (٢٢٧٢) وابن حبان (٤٢٧٤) والحاكم (٢٨٠٧) والشافعي (٧٤٠) والدارقطني (٣٣/٤) والطبراني في « الكبير » (٤٦١٣) وأبو يعلى (١٥٣٧) وسعيد بن منصور (١٦٧١) .

قال الترمذي : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وسألت محمدًا عن هذا الحديث فقال : فيه اضطراب .

وقال ابن عبد البر : ضعفوه .

وقال الألباني : ضعيف .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (١٨١/١٠) حديث (٢٠٥١٥) .

قوله : ولو قال : أنت طالق واحدة بالنصب ونوى طلقتين أو ثلاثًا ففيه وجوه : أصحها عند الغزالي : وقوع واحدة ؛ لأن الملفوظ مناقض للمنوى والنية وحدها لا تعمل .

وأصحها عند صاحب « التهذيب » وغيره :وقوع المنوي ويكون المراد بقوله واحدة أنك تتوحدين مني بالعدد الذي أوقعته .

والثالث : ويحكى عن اختيار القفال أنه إن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ لم تقع الثلاث ، وإن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق وقع الثلاث ولغى ذكر الواحدة . انتهى ملخصًا .

ذكر في « الشرح الصغير » نحوه أيضًا وحاصله رجحان وقوع المنوى ، وصرح بتصحيحه في « الروضة » وكلامه في « المحرر » يشعر برجحان وقوع الواحدة ، فإنه قال: فيه وجهان رجح منهما الثاني يعني الواحدة وصرح النووي في « المنهاج » بتصحيحه فوقع في صريح التناقض ..

قوله : ولو قال أنت طالق واحدة بالرفع فهذا إتباع الصفة للصفة وهو على ما ذكر في « النهاية » مبني على ما إذا قال : أنت واحدة بخلاف الطلاق ونوى الثلاث وفيه وجهان :

أصحهما : وقوع ما نواه حملاً للتوحيد على التوحيد والتفرد عن الزوج .

والثاني : المنع لأن السابق إلى الفهم من قوله : أنت واحدة أنك طالق بواحدة ولفظ الواحدة ينافي الثلاث . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضى التعليل المذكور للوجهين أنه لا فرق في واحدة بين الرفع والنصب والجر والسكون، ويكون التقدير في الجر أنت ذات واحدة أو متصفة بواحدة أو يكون المتكلم لاحنًا واللحن لا يمنع الحكم

عندنا .

الأمر الثاني : أنه ليس المراد من الصفة والإيقاع في كلام الرافعي هو المعنى المعروف عند النحاة ،وإنما المراد ذكر الخبر بعد الخبر ؛ لأن الخبر في المعنى صفة وكل شيء أتى عقب شيء كان تابعًا له .

واعلم أن ما نقله الرافعي عن الإمام فقط ، قد جزم به في « الشرح الصغير » وكذلك النووي في « الروضة » .

قوله : ولو قال أنت طالق عدد التراب قال الإمام : تقع واحدة ، وقال البغوي : عندي تقع الثلاث كما لو قال عدد أنواع التراب . انتهى .

تابعه في « الروضة » على حكاية الخلاف من غير ترجيح ولا شك أن المسألة متوفقة على أن التراب جمع أم لا ؟ وفيها خلاف مشهور قد حكاه النووي في « تهذيب الأسماء » وفي غيره ، ونقل عن المبرد أنه جمع واحده ترابة ومنه قول الشاعر [(١)] :

ثم قالوا تحبها قلت بهرًا عدد الرمل والحصا والتراب

وبهرًا بباء موحدة مفتوحة ثم هاء ساكنة أي عجبًا قاله الجوهري .

فعلى هذا يقع الثلاث ، ونقل عن الجمهور أنه اسم جنس فعلى هذا يتجه وقوع واحدة وهو قريب مما إذا قال : أنت طالق بعدد شعر إبليس والمرجح كما قاله النووي في باب الشك في الطلاق وقوع واحدة .

قوله : ولو قال : أنت طالق إن لم أو أنت طالق إن ، قال إسماعيل البوشنجي: ينظر إن قصد الاستثناء أو التعليق فلم يتمه فلا أرى أن يقع طلاقه ويصدق إذا فسر به للقرينة الظاهرة ، وإن لم يقصد الاستثناء ولا التعليق وقع، لأنه لو أتى بالاستثناء بلا نية لم ينفع فهاهنا أولى . انتهى .

---

(١) هو أبو الخطاب ، عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة ، المخزومي ، القرشي ، أرق شعراء عصره ، من طبقة جرير والفرزدق ، ولم يكن في قريش أشعر منه ولد في الليلة التي توفي فيها عمر بن الخطاب ﷺ فسمي باسمه ، وتوفي سنة ٩٣ هـ .

فيه أمران :

أحدهما : ما ذكره نقلاً عن البوشنجي وأقره من عدم وقوع الطلاق عند قصد الاستثناء أو التعليق قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » لكنهما ذكرا في أوائل الشرط في الطلاق ما حاصله وقوع الطلاق إلا إذا كان معه قرينة أخرى بأن قام إلى شخص وسد ومنعه من الكلام ، وستعرف لفظه هناك إن شاء الله تعالى .

الأمر الثاني : أنه سكت عما إذا تعذر مراجعته بموت أو غيره والقياس فيه عدم وقوع الطلاق ؛ لأن الصيغة بوضعها للتعليق وكانت مرجحة لإرادته بل لو استوى الأمران لترجح أيضًا عدم الوقوع مراعاة للأصل.

واعلم أن الرافعي قد ذكر هذه المسألة أيضًا في أوائل القضاء في الكلام على المفتي والمستفتي في ضمن حكاية ولم يذكر لها جوابًا وسأشير إليها في موضعها إن شاء الله تعالى .

قوله : ولو قال لمدخول بها [أنت طالق] (١) أنت طالق أي بالتكرار فإن قصد التأكيد قبل ولم يقع إلا واحدة وإن قصد الاستئناف وقع طلقتان، وكذا إن أطلق في أظهر القولين ، ولو كرر طالقًا فقط فقال : أنت طالق طالق فقال القاضي حسين: يقع عند الإطلاق طلقة قطعًا ، وقال الجمهور: لا فرق بين اللفظين . انتهى كلامه .

وما نقله عن الجمهور من أنه لا فرق بين الأمرين حتى يقع عليه طلقتان عند الإطلاق قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » **وفيه أمران** :

أحدهما : أنه قد خالف ذلك في باب تعديد الطلاق في آخر النوع الثاني من الطرف الثالث فجزم بأنه لا يقع عند تكرار طالق فقط إلا واحدة.

---

(١) سقط من جـ .

الثاني : أن محله ما إذا أتى باللفظ المكرر وهو طالق مرفوعًا سواء ذكر بعده شيئًا آخر كقوله مثلاً : أنت طالق طالق فاخرجي أم لم يذكره ، وإن كان لحنًا ، لكونه وقفًا على متحرك ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه قد ذكر في باب تعليق الطلاق قبيل الفصل الثالث المعقود للحمل والولادة فرعًا حاصله ما ذكرناه فقال : إذا قال : أنت طالق طالقًا أى بالنصب قال أبو عاصم العبادي: لا يقع في الحال شيء لكنه إذا طلقها وقع طلقتان والتقدير إذا صرت مطلقة فأنت طالق وهذا في المدخول بها هذا كلامه ، وهو واضح وإن كان فيه شيء آخر يأتي ذكره في موضعه، فإذا تقرر أن المنصوب لا يقع به إلا واحدة وجب حمل الساكن عليه لاحتمال أن يكون عن نصب وأن يكون على رفع فنأخذ بالمتيقن .

واعلم أنه لا فرق في ما ذكره الرافعي هناك بين أن يكون المنصوب هو الأول أو الثاني .

نعم إن نصبهما معًا أو جرهما أو جر أحدهما مع نصب الأخر أو رفعه فالقياس في الجميع إلحاقه بالساكن أيضًا فتأمله .

قوله : قال لها قبل الدخول : أنت طالق وطالق أو فطالق ، أو أنت طالق أنت طالق وقعت واحدة ؛لأنها تبين بالأولى ، وحكى وجه وقول قديم أنه كما لو قال ذلك لمدخول بها لأنه كلام واحد فأشبه قوله لها :أنت طالق ثلاثًا، والمذهب الأول ؛ لأن قوله ثلاثًا بيان للأول بخلاف هذه الألفاظ. انتهى.

وما جزم به هاهنا من وقوع الثلاث باللفظ الأول والثلاث مبينة له قد تقدم في أول الباب ما يوافقه فقال: لو أراد أن يقول لها : أنت طالق ثلاثًا فماتت بعد تمام قوله : أنت طالق وقبل قوله ثلاثًا فهل تقع الثلاث أم واحدة أم لا يقع شيء ؟ ثلاثة أوجه قال البغوي أصحها : الأول : وهو اختيار المزني .

وقال البوشنجي : الذي تقتضيه الفتوى أنه إن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق فكان قصده أن تحققه باللفظ وقع الثلاث وإلا فواحدة ، وهكذا ذكر المتولى في تعبيره عن الوجه الأول . انتهى .

ثم صحح بعد ذلك ما يخالف الموضعين معًا فقال بعد الموضع الأول بنحو ورقة : ولو قال : أنت طالق ثلاثًا ، فالصحيح وقوع ثلاث عند فراغه من قوله ثلاثًا وقيل : نتبين بالفراغ وقوع الثلاث بقوله : أنت طالق هذا كلامه .

قوله في المسألة : قال الإمام : وقياس من قال : تقع طلقة إذا أراد أن يقول : أنت طالق ثلاثًا فماتت المرأة قبل قوله ثلاثًا أن تقع هنا طلقة بقوله أنت طالق وتتم الثلاث بقوله ثلاثًا لكنه ضعيف ، لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة . انتهى كلامه .

وهذا الاستدلال تبعه عليه في « الروضة » وهو ذهول فقد سبق في ما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق وطالق أنه تقع طلقتان في وجه للأصحاب وقول الشافعي وعللوه بأنه كلام واحد وهذا بعينه موجود في مسألتنا بل أولى .

قوله : قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق أو قال: أنت طالق فطالق إن دخلت فدخلت وقع الثلاث . انتهى .

وما ذكره في القسم الثاني وهو تأخير الشرط قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة » وهو يقتضي عود الشرط إلى الجمل المتقدمة عليه وصرح به أيضًا في باب تعليق الطلاق قبيل الفصل الثالث المعقود للتعليق بالحمل والولادة .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في بابنا هذا ، وهو تعدد الطلاق بعد الموضع الأول بنحو ورقة ما يخالفه فقال : ولو قال للمدخول بها: أنت طالق

واحدة بل ثلاثًا إن دخلت ، فوجهان أصحهما وبه قال ابن الحداد: تقع واحدة بقوله : أنت طالق ، وتتعلق طلقتان بدخول الدار .

والثاني : تتعلق الثلاث بالدخول ، هذا كلامه ، والأصحاب لم يفصلوا في حروف العطف بين بل وبين غيرها .

نعم للإمام طريقة في ثم وحدها سبق إيضاحها في الوقف .

قوله في غير المدخول بها : ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فوجهان : أحدهما :لا تقع إلا واحدة كما لو قال في التخيير: أنت طالق وطالق وطالق لا تقع إلا واحدة .

وأقربهما: وقوع الطلاق وإن قدم الجزاء فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار فطريقان أحدهما أنه على الوجهين المذكورين فيما لو أخر الجزاء .

والثاني : وهو الذي أورده في « التهذيب » القطع بوقوع الثلاث ، لأنها جميعًا تعلقت بالدخول وفيما إذا تقدم الشرط أمكن أن يقال : إن المعلق بالدخول الطلقة الأولى وحدها والأخريان معطوفتان . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أنه مخالف لما ذكره في الاستثناء فإنه [قال :] (١) لو قال : أنت طالق واحدة وثلاثًا إن شاء الله رجع الاستثناء إلى الأخيرة وتقع الواحدة ، وقياسه هنا أن تقع واحدة منجزة فيما إذا قدم أنت طالق ولم يقولوا به هاهنا .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من التعليل المذكور أن يمشي في هذه الصورة فلا يمشي في قوله: أنت طالق وأنت طالق إن دخلت الدار .

قوله : ولو كرر فقال:إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار فأنت

---

(١) سقط من جـ .

طالق إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن قصد التأكيد لم يقع بالدخول إلا طلقة وإن قصد الاستئناف وقع الثلاث ، وإن أطلق ففي « التتمة » أنه يحمل على التأكيد إذا لم يقع فصل أو وقع ولكن اتحد المجلس ، وإن اختلف فيحمل على التأكيد أو الاستئناف ؟ فيه وجهان وإذا حمل على التأكيد فتقع عند الدخول طلقة أو طلقتان ؟ فيه وجهان بناء على ما إذا حنث بفعل واحد في يمينين تلزمه الكفارة أو كفارتان ؟ انتهى كلامه .

وفيه غلط من وجهين تابعه عليهما في « الروضة » : أحدهما : ما ذكره آخرًا من أن الوجهين في ما يقع عند الدخول هل هو طلقة أو طلقتان مفرعان على قولنا بالتأكيد ، بل الصواب تفريعهما على قولنا بالاستئناف، فإن المجزوم به في المذهب ، وقد ذكره هو - أعني الرافعي - في باب الإيلاء أن الأيمان إذا تكررت فإن حكمنا باتحادها وجبت كفارة واحدة، وإن حكمنا بالتعدد كما إذا قصد الاستئناف فقولان : أظهرهما عند الجمهور: كفارة واحدة أيضًا فتفطن له واستحضره ، وقد ذكره أيضًا في « التتمة » هنا على الصواب ، فقال : إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق ، موصولاً بالكلمة فإن أراد بالثانية يمينًا أخرى لزمه أو التأكيد قبل ، وإن أطلق حمل على التوكيد وكذا لو فصل بين الكلمتين واتحد المجلس فإن للمجلس تأثيرًا في ضم الكلام بعضه إلى بعض وتكرير اليمين معتاد ، وإن اختلف المجلس فوجهان أحدهما : يحمل إطلاقه على التأكيد والثاني : يجعل يمينًا أخرى وكل موضع قلنا بتعدد اليمين ، فهل يقع بالدخول طلقة أو طلقتان ؟ فيه وجهان مبنيان على ما لو حنث بفعل واحد في يمينين هذا كلام المتولي ، وقد حكى الرافعي في باب الإيلاء وجهًا أنه لا تقبل إرادة التأكيد إذا طال الفصل، قال: ويجيء مثله في تكرير تعليق الطلاق وقد وقع هذا الموضع في بعض نسخ الرافعي على الصواب .

الأمر الثـاني : في تعبيره بقوله طلقـة أو طلقتان ، وصوابه أن يقول أو ثلاث لأنه فرض الكلام مع التعليق ثلاث مرات ، وسبب غلطه في هذا أن المتولى فرضـه في التعليق مرتين فلما صور هو المسـألة في الثلاثة ثم انتهى إلى ما حكاه عن « الـتتمـة » حكاه عنه على ما وجده فـيها وهـو التعليق مرتين ، وغفل عن ما فرضه هو من التصوير فلزم الخطأ في التعبير .

الأمر الثـالث : أنه إذا حصل الفصل كيف يستقـيم حمله على التأكيد؟ سيما إذا تعدد المجلس وقد تقرر أن الفصل اليسير لا يفتقر في ألفاظ التأكيد واعلم أن في كلام الرافعي أيضًا إشكالاً من وجهين آخرين :

أحدهما : في تفـرقته بين تعدد يمين الطلاق ويمين الكفارة فـيقال له : لم جـزمت في يمين الطلاق بتـعدده عند إرادة الاسـتـئناف وصحـحت في الأيمان والحالة هذه اتحـاد الكفارة مع أن التعليق المذكور أيضـًا يمين ؟ ولهذا قالوا اليمين إما حنث أو منع أو تصديق .

ثانيهـما : إذا حملنا الإطلاق عـلى الاستئناف فـقد سوى بينهـما في الأيمان ولـم يسو بينهما هاهنا ، فإنه جـزم بالتعدد عند الاستئناف ، وحكى خلافًا في التـعدد عند حمل الإطلاق عليه ، هذا مع أن المتـولى قد سوى بينهما في الكلام الذي نقله عنه فراجـعه ، ومن العجب إهمال الرافعي له مع نقله لبعض كلامه .

قوله : ولو قال لغـير المدخول بها : أنت طالق خمسًـا ، أو قال : إحدى عشر وقع الثلاث، ولو قال لهـا : واحدة ومائة لم تقع إلا واحدة ، ولو قال: إحـدى وعـشريـن فهل تـقع الثـلاث أم واحدة ؟ وجـهـان لتـرددهمـا بين الصورتين . انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » أنه تقع واحدة لأنه معطوف كقوله : واحدة ومائة .

قال : وبخلاف إحدى عشرة فإنه مركب فهو بمعني المفرد، والمسألة مشبهة بالإقرار والأصح فيه أن إحدى وعشرين درهمًا ونحوها كخمسة وعشرين تلحق بإحدى عشر حتي يكون الكل دراهم لا بألف وثوب ونحو ذلك كثوب وألف ، وذلك لأن المعلوم أن الطلاق جنس واحد فلا حاجة إلى الجمع في الإيقاع بخلاف الإقرار فإنا محتاجون فيه إلى التفسير فجعلنا تفسير المعطوف تفسيرًا للمعطوف عليه .

قوله : ولو قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث فقيل ثلاث ، وصححه صاحب « التهذيب » ، وقيل طلقتان، وقيل طلقة . انتهى .

هذه المسائل لها نظائر اختلف فيها كلامهم ، وقد سبق الكلام عليها واضحًا في باب الضمان فراجعه .

قوله : ثم فيه صور أخرى إحداها : لو زاد في الأجزاء فقال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة أو أربعة أثلاث طلقة وقع طلقتان على الأصح ، وقيل طلقة وقيل ثلاث طلقات حكاه الحناطي ـ وعلى هذا القياس قوله خمسة أرباع طلقة أو نصف وثلثي طلقة . انتهى .

وهذا الخلاف في ما إذا زادت الأجزاء على طلقة ولم تجاوز طلقتين فإن جاوزت كقوله خمسة أنصاف وأشباهه كان الخلاف في أنه تقع طلقة أو ثلاث؟ كذا ذكره الإمام وغيره وذكره أيضًا النووي من زوائده وهو واضح .

قوله : ولو قال أنت طالق نصفي طلقة أو ربعي طلقة [أو ثلثي طلقة][(١)] لم تقع إلا واحدة إلا أن يزيد نصفًا من طلقة ونصفًا من أخرى ، وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فقال : الصحيح أنه تقع طلقة والكتب ساكتة عن حكاية الخلاف ، لكنه جار على قياس ما نقله الحناطي في المسألة السابقة . انتهى .

فيه أمران :

---

(١) سقط من ب .

أحدهما : أن هذه المسألة ليست نظير تلك فإن الطلقة الواحدة يستحيل أن تكون لها ثلاثة أنصاف فكان ذلك قرينة على إرادة نصف من كل طلقة بخلاف ما يجيء فيه .

الأمر الثاني : أن النووي قد ذكر في « الروضة » أن هذا الوجه منقول عن شرح « المفتاح » .

قوله : ولو قال أنت طالق نصف طلقة [في نصف طلقة] (١) فطلقة واحدة سواء أراد الطرف أو الحساب أو المعية، أو لم يقصد شيئًا . انتهى .

والقياس وقوع طلقتين فيما إذا قصد المعية لأن التقدير أن طالق نصف طلقة مع نصف طلقة ، وهو لو صرح بهذا كان كما لو قال نصف طلقة ونصف طلقة .

قوله : ولو لم يدخل الواو فيها فقال أنت طالق ثلث طلقة ربع طلقة سدس طلقة لم تقع إلا واحدة ،لأنه إذا لم يدخل الواو تصير كالجملة الواحدة ، ثم قال ما نصه : ولهذا لو قال أنت طالق طالق لم تقع إلا واحدة، ولو قال أنت طالق وطالق وقعت طلقتان . انتهى كلامه .

وهذا الاستشهاد الذي ذكره وهو وقوع الطلقة الواحدة عند التكرار بدون الواو هو وجه ضعيف والصحيح التعدد كذا صرح به قبل ذلك في أوائل الفصل الثاني فقال ولو قال أنت طالق أنت طالق وقصد التأكيد فواحدة ، وإن قصد الاستئناف فطلقتان ، وكذا إن أطلق في أصح القولين، ثم قال وإن قال أنت طالق طالق فعن القاضي الحسين القطع بأنه لا تقع عند الإطلاق إلا طلقة بخلاف قوله أنت طالق، أنت طالق والجمهور أنه لا فرق بين اللفظين . هذا كلامه .

قوله : وفي « فتاوي القفال » أنه لو قال : طلقتك واحدة أو اثنتين على سبيل الإنشاء فيختار ما شاء من واحدة أو اثنتين كما لو قال أعتقت هذا أو هذين . انتهى .

---

(١) سقط من أ .

وما ذكره من التخيير ذكر نحوه أيضًا في أوائل تعليق الطلاق قبيل الكلام على التعليق بالتطليق ونفيه فقال لو قال: أنت طالق غدًا أو عبدي حر بعد غد ، قال البوشنجي : يؤمر بالتعيين فإذا عين الطلاق أو العتق تعين في اليوم الذي ذكره ، وذكر قريبًا منه في آخر تعليق الطلاق عن البوشنجي أيضًا فقال : لو قال : إن دخلت الدار فعبدي حر أو كلمت فلانًا فأنت طالق سألناه لنتبين أي اليمينين أراد . انتهى .

والحاصل أنه يجوز أن يأتي بصيغة تقتضي التخيير في المنجز والمعلق سواء كان المعلق من نوع واحدًا أو من نوعين وإن أتى أيضًا بما يقتضي التخيير بين تعليقين مستقلين مختلفي الشرط .

إذا علمت ذلك فقد ذكر في أوائل تعليق الطلاق في الكلام على التعليق على الأوقات أنه إذا قال :أنت طالق اليوم أو غدًا ، فقيل يقع في الحال تغليباً للإيقاع والصحيح أنه لا يقع إلا في الغد لأنه اليقين ، قال ومثله إذا قال: غدًا أو بعد غد أو قال: إذا جاء الغد أو بعد الغد . انتهى .

والصواب وهو قياس ما سبق أن يتخير أيضًا في هذه المسألة ، وذكر أيضًا ما يوافق هذا الموضع في آخر الباب الأول من أبواب الطلاق وهو المعقود للأركان فقال : ولو قال أنت طالق للسنة أو للبدعة لا تطلق حتى ينتقل من الحالة التي هي فيها إلى الحالة الأخرى، لأن اليقين حينئذ كما لو قال: أنت طالق اليوم أو غدًا لا تطلق حتي يجيء الغد هذا كلامه.

قوله : فرع : قال : أنت طالق عشرًا فقالت : يكفيني ثلاث فقال : البواقي لضرتك فلا يقع على الضرة شيء ، لأن الزيادة على الثلاث لغو ولو قالت : يكفيني واحدة فقال : البواقي لضرتك وقع عليها ثلاث وعلى الضرة طلقتان إذا نوى ذكره البغوي . انتهى .

وهذا الذي ذكره هنا عن البغوي وأقره قد نقل عن صاحبه وهو المتولى في الباب الذي قبله قبيل الفصل الثاني ما يخالفه وأقره عليه أيضًا وقد سبق ذكر لفظه هناك .

الباب الرابع
في الاستثناء

قوله : وسكتة التنفس والعى لا تمنع الاتصال ، ثم قال: ولذلك لا ينقطع الاتصال بين الإيجاب والقبول بالكلام اليسير على الأصح . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني الفصل بين الإيجاب والقبول بالكلام اليسير ـ ذكرها الرافعي في مواضع واختلف كلامه فيها وقد أوضحت ذلك كله في أوائل النكاح فراجعه .

قوله في « الروضة » : وهل يشترط قرن نية الاستثناء بأول اللفظ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى حكم بصحة الاستثناء .

وأصحهما وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه : أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام .

قلت : الأصح وجه ثالث وهو صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين ، وإن لم يقارن أولها ، والله أعلم .

وهذا الذي ذكره ـ رحمه الله ـ أصلاً وزيادة صريح في أن الرافعي نقل عن الفارسي أنه يذهب إلى وجوب اقتران النية بأول اليمين حتى لا يكفي اقترانها في أثنائه وأنه حكى الإجماع على ذلك وليس الأمر فيه كما فهمه النووي ، بل الذي نقل عنه الرافعي وأنه نقل فيه الإجماع إنما هو عدم الاكتفاء بوجودها بعد فراغ اليمين متصلة بأول الاستثناء ، وعلله بقوله؛ لأن الاستثناء بعد الفصل ينشأ بعد لحوق الطلاق فيلغوا ،بل المفهوم من كلام

الرافعي إنما هو حكاية الوجهين في ما بعد الفراغ من اليمين خاصة كما يدل عليه تعليله إلا أن في ابتداء تعبيره إيهاماً يندفع بالتأمل فإنه قال : وهل يشترط أن يكون قصد الاستثناء مقرونًا بأول الكلام؟ فيه وجهان:

أحدهما : لا ولو بدا له الإستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى حكم بموجبه .

وأصحهما وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه :أنه لا يعمل بالإتثناء ويقع الطلاق ؛ لأن الاستثناء بعد الفصل ينشأ بعد لحوق الطلاق فيلغوا ، هذه عبارته ، وهي كما قلناه إلا أنه عبر بأول الكلام عن المستثنى منه ويكون المستثنى هو الأخير ،وهو تعبير صحيح يدل عليه التعليل إلا أنه موهم ووقع التعبير به أيضًا في كتب جماعة من أصحابنا ، ثم إن النووي أبدل ألفاظًا من ألفاظ الرافعي بألفاظ مطابقة لما فهمه هو فوقع في صريح الغلط ، وكلام الغزالي يبين المراد ويعين غلط النووي في فهمه هنا وكذلك إمام الحرمين فإنه قال : فإذا قال الرجل لامرأته :أنت طالق ولم يخطر له الاستثناء إلى استتمام لفظ الطلاق ثم لما تم اللفظ خطر له أن يقول على الإتصال إن شاء الله تعالى ، فقال ذلك بعد ، قال أبو بكر الفارسي في كتابه المترجم «بمسائل الإجماع» : يقع الطلاق في هذه المسألة إجماعًا ، ووافقه معظم الأصحاب في دعوى الإجماع ، ومن أصحابنا من قال : لا يقدح . هذا لفظه ، ذكر ذلك في باب ما يقع به الطلاق من الكلام .

في فصل أوله ، قال : ولو جعل لها أن تطلق نفسها ، وذكر الرافعي في أوائل الباب الثالث نحوه أيضًا.

نعم لو نوى في أثناء اليمين ففيه وجهان مشهوران في « التنبيه » و« المهذب » وغيرهما ، أصحهما : أنه يكفي كما أشعر به كلام الرافعي وصححه النووي من زوائده ، وقد حكى الرافعي هذين الوجهين في أول كتاب الأيمان فقال : لو حلف ثم بدا له أن يستثني فأتى بلفظ الاستثناء لم يعتد به وإن كان موصولاً باليمين ، وإن قصد الاستثناء في خلال اليمين

واستثني على الاتصال ففيه وجهان ذكرناهما في كتاب الطلاق، وممن صحح هذا الاستثناء الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياني ،وممن لم يصححه أبو الحسن ابن المرزبان والقاضي ابن كج هذه عبارته وهو يشعر بأن المصححين أكثر وذلك ينفي إرادة الوجهين المذكورين في الحضور بعد تمام اليمين لأن الخلاف هناك ضعيف حتى ادعى أكثر الأصحاب الإجماع فيها على البطلان كما تقدم ، نقله عن الإمام ،وحينئذ فيتحصل من الموضعين ثلاثة أوجه ،وإذا علمت ذلك كله علمت أن ما قاله الرافعي في الأيمان أن الوجهين سبقا في الطلاق غلط ، فإن الوجهين غير الوجهين فسبحان من لا يتطرق إليه سهو ولا خلل .

قوله : ولو قال : أنت طالق طلقتين وواحدة إلا واحدة ، فعلى الأول ـ أي الوجه الذاهب إلى جمع المفرق ـ يجمع بينهما فتكون الواحدة مستثناة من الثلاث فتقع طلقتان ، وعلى الثاني ـ أى الذي لا يجمع وهو الأصح ـ تكون الواحدة مستثناة من الواحدة فتقع الثلاث . انتهى .

وما ذكره تفريعًا على الوجه الأول واضح ، وأما الثاني فينبغي بناؤه على أن الاستثناء عقب الجمل هل يعود إليها أم إلى الأخيرة ؟ فإن أعدناه إليها وقعت طلقتان وإلا ثلاثًا ، ويؤيد ما قلناه أنه لو قال ثلاثًا وثلاثًا إن شاء الله كان مخرجًا عليه عند الرافعي كما سيأتي بعد هذه المسألة .

قوله قال : أنت بائن إلا بائنًا ونوى بقوله أنت بائن الثلاث ، قال إسماعيل البوشنجي يبني على أنه لو قال : أنت واحدة ونوى الثلاث هل تقع الثلاث اعتبارًا بالنية أم واحدة اعتبارًا باللفظ؟ فإن غلبنا اللفظ بطل الاستثناء كما لو قال :أنت طالق واحدة إلا واحدة ، وإن غلبنا النية صح الاستثناء ووقع طلقتان وهذا هو الذي رجحه ونصره . انتهى كلامه .

وهذا البناء الذي قاله البوشنجي ظاهر ، فأما إذا غلبنا اللفظ في ما إذا

تلفظ بالواحدة ونوى الثلاث فلا تصح في مسألتنا ؛ لأنه تلفظ ببائن واستثني منها بائنًا فلا يصح كاستثناء الواحدة من الواحدة ، وإن غلبنا النية صح هاهنا، وقد اعترض في « الروضة » على البوشنجي اعتراضًا فاسدًا سببه أنه فهم كلامه على غير وجهه فقال : قلت : الأول غلط ظاهر فإنه لا خلاف أنه إذا قال : أنت بائن ونوى الثلاث وقع الثلاث فكيف يبنى على الخلاف في قوله: أنت واحدة هذا كلامه ، وقد ظهر لك بطلانه .

قوله : ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا طلاقًا صح الاستثناء كقوله ثلاثاً إلا طلقة ، وكذا لو قال : طالق وطالق وطالق إلا طالقًا ونوى التكرار وفيه إحتمال. انتهى كلامه .

والقياس في هذه المسألة وقوع ثلاث : لأن القاعدة أنه لا يجمع المفرق على الصحيح فيكون استثناء مستغرقاً كما لو قال :أنت طالق إلا طالقًا من غير تكرار، فإن قلنا أنا لا نجمع المفرق فيأتي الذي قاله الرافعي .

قوله : فرع : لو قدم المستثني على المستثنى منه فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثًا ، حكى صاحب « المهذب » عن بعض الأصحاب أنه لا يصح الاستثناء وتقع الثلاث ، لأن الاستثناء لاستدراك ما تقدم من الكلام ، قال: ويحتمل عندى أنه يصح ولا تقع إلا طلقتان ، واستشهد بقول الفرزدق .

وما مثله في الناس إلا ملكًا أبو أمه حي أبوه يقاربه

الملك الذي ملك الشيء يقال ملكته المال والملك وتقدير البيت وما مثله في الناس حي يقاربه إلا ملك أبو أم ذلك الملك أبو الممدوح . انتهى كلامه.

تابعه في « الروضة » على حكاية ذلك من غير ترجيح وزاد فعبر بقوله قال : وعندي ولم يذكره احتمالاً فأوهم أن الشيخ جازم به على خلاف ما في الرافعي وما في « المهذب » أيضًا ، وقد ظهر لك من الاستدلال ومن المعني أنه لا فرق في تقديمه بين أن يكون في طلاق أو إقرار أو غيرهما ،

وهو الأصح .

إذا علمت ذلك فقد صحح الرافعي في أوائل الباب الأول من أبواب الأيمان أنه يصح التقديم فقال : ولا فرق بين التقديم والتأخير ، وكذا لو قال لفلان على إلا عشرة دراهم مائة درهم، وفي هذه الصورة وجه آخر في كتاب القاضي ابن كج . هذا لفظه ، وبالغ في « الروضة » فعبر بقوله وجه ضعيف ، والوجهان قد رأيتهما في كتاب ابن كج في أول كتاب الأيمان ولم يرجح منهما شيئًا ، وجزم الدارمي في كتاب الأيمان من «الاستذكار» بالصحة ولم يتعرض الرافعي للمسألة في كتاب الإقرار أيضًا والبعض الذي أشار إليه فى « المهذب » هو الماوردي .

واعلم أن الرافعي إذ تكلم على البيت لم يوضح حاله وقد أوضحه الجوهري فقال : إن الفرزدق مدح بذلك حال هشام بن عبد الملك ، قال: والمعنى وما مثله في الناس حي يقارنه إلا ملك أي شخص قد ملكه الناس عليهم أبو أم ذلك الملك هو أبوه .

الفصل الثاني
في التعليق [بالمشيئة] (١)

قوله : وإذا قال: أنت طالق إن شاء الله نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده بها ، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى ، أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقًا محققًا لم يؤثر ذلك ، وإن قصد التعليق حقيقة لم تطلق . انتهى .

أهمل قسمًا ثالثًا وهو ما إذا أطلق ، وحكمه أن الطلاق لا يقع كما سبق إيضاحه في نية الوضوء .

قوله : وفي قول آخر أنه لا يؤثر الاستثناء عند قصد حقيقة التعليق، وأخذ بعضهم هذا القول من نص روى في الظهار أنه لو قال: أنت على كظهر أمي إن شاء الله يكون مظاهرًا ويلغو الاستثناء ، وفرق بعضهم بأن الظهار إخبار ، والإخبار عن الواقع لا يتعلق بالصفات بخلاف الإنشاء، ثم قال : وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق والعتق واليمين والنذر ، وصحة العفو عن القصاص والبيع وسائر التصرفات . انتهى ملخصًا .

فيه أمور :

أحدها : أن الرافعي لم يتكلم على تعليق الظهار بالمشيئة في بابه واقتصر على ما ذكره فيه هاهنا ، وليس فيه تصريح بحكمه إلا أن عموم الكلام الأخير قد يؤخذ منه أنه لا يصح عند التعليق كغيره من التصرفات ، وقد صرح الغزالي هنا في « الوجيز » بحكم المسألة فقال : فإذا قال: أنت طالق إن شاء الله لم يقع ، ونص أنه لو قال :أنت على كظهر أمى إن شاء الله يكون مظاهرًا ، وقد قيل ويطرد هذا القول في سائر التصرفات ، هذا كلامه . وحاصله تسليم النص والعمل به ، والعجب من الرافعي في عدم

---

(١) في أ : بالتطليق ونفيه .

شرحه لهذه المسألة وكأنه توهم أنها تأتي في بابها فأهملها هنا وذكر في «الوسيط» نحوه إلا أنه قال في آخر كلامه : إن التفريع على الصحة في الجميع والصحيح أن الظهار كغيره في صحة الاستثناء ،صرح به إمام الحرمين فقال: نقلوا أيضًا للشافعي أن الاستثناء فيه لا يؤثر وطرد المحققون هذا القول في جميع العقود والحلول ، ثم قال ما نصه : ورام بعض الأصحاب أن يفرق بين الظهار وغيره ، ولست أرى لذكر ما لا أفهمه وجهًا ، والصحيح أن التعليق بالمشيئة يفسد جميع ما تقدم من [إقرار][(١)] وإنشاء وحَلّ وعقد وطلاق وظهار . هذا لفظ الإمام بحروفه ، وعجب من الغزالي في نقل كلام إمامه على غير وجهه .

الأمر الثاني : أن النووي قد حذف هذه المسألة من « الروضة » لتوهمه أن الرافعي يأتي بها في بابها فلزم خلو « الروضة » عنها .

الأمر الثالث : أن ما نقله الرافعي من كون الظهار إخبارًا وأقره ليس كذلك فاعرفه فقد رجح في كتاب الظهار في الكلام على ما إذا قال لأربع نسوة : أنتن على كظهر أمى أنه إنشاء وعبر بقوله الظاهر .

الأمر الرابع : أن الذي نقله أيضًا وأقره من أن الإخبار لا يعلق بالمشيئة يتعلق بها مسألة مهمة نفيسة وقل من نقلها وقد ذكرها المتولى في كتاب الأيمان وصرح بأن تعليقها بالمشيئة صحيح ، ويأتيك إن شاء الله تعالى في كتاب الدعاوى .

قوله : قال ابن الصباغ : وكذا لو قال : إن شاء الله أنت طالق أي بحذف الفاء لم يقع ، وفي هذه الصيغة وجه حكاه الحناطي . انتهى .

وما نقله عن ابن الصباغ قد جزم به في أول تعليق الطلاق نقلاً عن جماعة ، وفي أول الأيمان نقلاً عن القاضي أبي الطيب .

---

(١) في ب : تقرير .

قوله في « الروضة » : ولو قال : أنت طالق إن شاء الله [أو أن شاء الله] (١) بفتح الهمزة وقع الطلاق في الحال، وكذا لو قال [إن شاء زيد أو أن] (٢) شاء زيد ، ونقل الحناطي وجهًا في أن شاء الله أنه لا يقع ، وثالثًا أنه يفرق بين عارف النحو وغيره ، واختار الروياني هذا . انتهى كلامه .

وما اقتضاه كلامه من أن الثالث هو في التعليق بمشيئة الله تعالى صرح به الرافعي ، وحاصل هذا الكلام الجزم بالوقوع في غير مشيئة الله وتصحيحه معها ـ أي مع المشيئة المذكورة ـ سواء كان المتكلم خبيرًا باللغة أم لا وقد خالف ذلك في باب تعليق الطلاق قبيل الفصل الثالث المعقود للتعليق بالحمل والولادة وصحح من زوائده أن الطلاق مع فتح أن لا يقع عند صدوره من الجاهل وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه .

قوله : ولو قال : أنت طالق ثلاثًا وثلاثًا إن شاء الله ، قال ابن الصباغ: الذي يقتضيه المذهب أنه لا يقع شيء، وتابعه المتولى عليه والوجه بناؤه على الخلاف السابق في أن الاستثناء بعد الجملتين ينصرف إليهما أو إلى الأخيرة، ولذلك أورده الإمام ، وقد ذكرنا أن الظاهر الانصراف إلى الأخيرة [وحدها . انتهى كلامه .

وما رجحه فى الاستثناء عقب الجمل من عوده إلى الأخير] (٣) فقط قد ذكر في الوقف ما يخالفه ، وتبعه في «الروضة» على الموضعين وزاد فصحح في أول كتاب الأيمان أنه يعود إليهما كما في الوقف ، ولفظ كل من الموضعين مذكور في بابه .

واعلم أن محل هذا الخلاف ما إذا لم ينو المتكلم عود الاستثناء إلى الجملتين ، فإن نوى ذلك عاد إليهما جزمًا، كذا ذكره الرافعي في أول كتاب الأيمان فتفطن له .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ، ب .

قوله في المسألة : ويوافق هذا البناء ما ذكره في « التهذيب » أنه لو قال: حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله فيرجع الاستثناء إلى عمرة وحدها أو إليهما جميعًا ؟ وجهان والأصح الأول . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقله عن « التهذيب » غلط تبعه عليه في « الروضة » سببه انتقال نظره أو نظر الكاتب للنسخة التي وقف عليها ، فإن البغوي قد قال ما نصه : ولو قال : حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله ، لا تطلق واحدة منهما ، ولو قال : حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله ، تطلق حفصة ولا تطلق عمرة ، لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه ، وقيل : يرجع إليهما والأول أصح . هذا لفظه في « التهذيب » ،فسقط المتوسط كله كما قلنا وقد سلم ابن الرفعة من هذا الغلط من وجه دون وجه .

قوله : ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله فعن القفال أنه حكى عن النص أنه لا يقع واختاره ؛لأن هذه الصيغة أيضًا تعليق بعدم المشيئة ؛لأنها توجب حصر الوقوع في حال عدم المشيئة ، وعن ابن سريج أنه يقع الطلاق لأنه أوقعه وجعل الخلاص والمخرج عنه المشيئة وأنها غير معلومة فلا يحصل الخلاف وصار كما لو قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيد ولم يعلم مشيئته فإنه يقع الطلاق، والأقوى الأول . انتهى كلامه .

وفيه إشكال يظهر بذكر شيء استدركه الرافعي في آخر المسألة فقال: ولتعلم أن قول القائل :أنت طالق إلا أن يشاء الله معناه إلا أن يشاء وقوع الطلاق ، [وحينئذ فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق] (١) لا بمشيئة عدم الطلاق، وعدم مشيئة الطلاق تحصل بأن يشاء عدم الطلاق وبأن لا يشاء شيئًا أصلاً ، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع ،وذكر بعضهم أن معناه أنت طالق إلا أن يشاء زيد أن لا تطلقي، والصحيح الأول . انتهى كلامه .

وإذا علمت ذلك علمت أن اختلافهم في الحكم نشأ من اختلافهم في

---

(١) سقط من أ .

تنزيل التعليق على أي شيء، وإذا كان كذلك فكيف يستقيم كما قاله الرافعي من جعل واحد من المعنيين دليلاً لقائله على القائل الآخر؟ وكان ينبغي أن يقدم ما أخره ويستدل على ما ذكره كل منهم من الخلاف المتأخر ثم يبني عليه الخلاف في الوقوع وعدمه .

قوله : ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد ، أو إن لم يدخل الدار، أو إن لم يفعل كذا ، فإن وجدت المشيئة أو غيرها مما علق عليه لم يقع الطلاق، وإن لم توجد وقع، وإن شككنا فوجهان سواء عبر بقوله إن لم يدخل كما ذكرناه أو بقوله إلا أن يدخل ، أجاب الأكثرون بالوقوع حيث شككنا في الفعل المعلق عليه ، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين وهو أوجه وأقوى . انتهى .

وهذه المسألة ـ أعني مسألة الشك ـ قد اختلف فيها تصحيح النووي في «الروضة » فصحح هنا من زياداته عدم الوقوع وذكر مثله في آخر تعليق الطلاق ، وصحح في أوائل كتاب الأيمان وفي أواخره عكسه وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى ، والفتوى في ذلك على الوقوع فقد نص عليه الشافعي في « الأم » في السدس الأخير منها في باب الاستثناء في اليمين إلا أنه خص ذلك باليمين على الإثبات وأجاب في النافية بالعكس فقال ما نصه : قال الشافعي كذا وكذا إلا أن يشاء فلان لم يحنث إن شاء فلان ،فإن مات فلان أو خرس أو غاب عنا معنى فلان حتي يمضي وقت يمينه حنث ؛ لأنه إنما يخرجه من الحنث مشيئة فلان ، ولو كانت المسألة بحالها وقال : والله لا أفعل كذا وكذا إلا أن يشاء فلان لم يفعل حتى يشاء فلان ، وإن غاب عنا معنى فلان فلم يعرف شيئًا أو لم يشأ لم يفعل حتي يشاء فلان ، وإن غاب فإن فعله لم أحنثه من قبل أن يمكن أن يكون قد شاء ، هذا لفظه بحروفه ومن « الأم » نقلته وفي الفرق بين المسألتين نظر.

الباب الخامس
في الشك في الطلاق

قوله : ولو قال : إن كان هذا الطائر غرابًا فعبدى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن كذلك فعبدى حر ، واجتمع لأحدهما العبدان منع التصرف فيهما وأمر بتعيين العتق في أحدهما ، وقيل يمتنع في الذي كان للآخر خاصة فلو باع أحدهما عبده ثم اشتر عبد صاحبه قال في «البسيط» : لم أره مسطورًا، والقياس أنه ينفذ تصرفه في الثاني؛ لأن بيع الأول كواقعة انقضت وتصرفه في الثاني واقعة أخرى كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين . انتهى.

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقل احتماله عن « البسيط » من جواز التصرف قد جزم به الماوردي فقال في « الحاوي » : لو ابتاع كل منهما عبد الآخر ولم يتكاذبا جاز لكل منهما أن يتصرف في الذي اشتراه وجهًا واحدًا ـ أي وإن كان لا يجوز على وجه لو اجتمعا في ملكه ـ ، وقال في «الروضة »: أما على الوجه الثاني فيعتق عليه الثاني بلا شك ، وأما على الطريقة الأخرى فيحتمل ما قاله في « البسيط » ويحتمل بقاء الحجر في الثاني قال : وهو الأقيس احتياطًا للعتق ، قال : وقد ذكر في « الوسيط » احتمالين : أحدهما ما ذكره في « البسيط » ، والثاني : عدم النفوذ فيه .

الأمر الثاني : أن القول بمنع التصرف في الثاني مخالف لما ذكره [الأصحاب في] [1] العتق فيما إذا كان عبد بين معسرين فقال أحدهما : إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر ولم يعلم الطائر ثم تبادلا إحدى الحصتين بالأخرى وصححنا مثل هذا

(١) في أ : وللأصحاب ، وفي ب : ولا ضجار .

التبادل أن كلا منهما يتصرف فيما انتقل إليه كما كان يتصرف فيما نقله عنه، وهذا الاستشهاد ذكره ابن الرفعة ، واستشكل جواز التبادل قال : لأنا نقطع بفساد أحد العوضين .

قوله : فرع : قال البوشنجي : ولو قال : أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس فقياس مذهبنا أنه لا يقع شيء ؛ لأنا لا ندرى عليه شعر أم لا؟ والأصل العدم ، وعن بعض أصحاب أبي حنيفة وقوع طلقة . انتهى .

والصواب هو الوقوع فقد جزم الرافعي في أوائل باب عدد الطلاق بأنه إذا قال : أنت طالق وزن درهم أو وزن ثلاثة أو عشرة ونحو ذلك وقعت عليه طلقة ومسألتنا أولى من تلك بالوقوع ؛ لأن ربط الطلاق بالعدد ممكن من حيث الجملة بخلاف ربطه بالوزن، وقد رجح النووي أيضًا ما ذكرناه إلا أنه لم يستحضر هذا النقل الذي ذكرناه فقال: القياس المختار وقوع طلقة وليس هذا تعليقًا على صفة فيقال : شككنا فيها ، بل هو يتخير طلاق وربط تعدده بشيء شككنا فيه فيوقع أصل الطلاق ويلغى العدد فإن الواحدة ليست ، بعدد لأن أقل العدد إثنان . هذا كلامه ، والمتجه في مسألتنا إيقاع طلقتين ؛ لأنه واقع عددًا والمتيقن منه اثنان وشككنا في الزائد .

قوله : ولو قال لزوجته وأجنبية : إحداكما طالق وقال : نويت الأجنبية قبل قوله بيمينه على الصحيح ، فلو قال : لم أنو واحدة منهما طلقت زوجته: قاله البغوي في فتاويه . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما نقله عن البغوي يتجه أن يكون محله في ما إذا لم يصدر على الأجنبية طلاق منه أو من غيره ، فإن كان قد وقع عليها ذلك لم يحكم بطلاق زوجته بما وقع منه ؛ لأن الكلام الذي صدر منه صادق عليهما صدقًا واحدًا ، والأصل بقاء الزوجية ، وقد ذكر في العتق قبيل

الكلام على الولاء ما يقوى ما قلناه فقال : إذا عتق عبدًا ثم قال له ولعبد آخر له : أحدكما حر لم يقبض ذلك عتق الآخر . هذا كلامه، فاقتضى أن لا يقع عليه به شيء عند الإطلاق .

الأمر الثاني : أن الماوردي أيضًا قد جزم بما نقل عن البغوي فإنه قال ولو قال : إحداكما طالق فكان قد نكح إحداهما نكاحًا صحيحًا والأخرى فاسدًا فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على المنكوحة نكاحًا صحيحًا، وإذا كان الطلاق ينصرف هنا إلى الزوجة مع صحة إرادة من لها شبهة نكاح ففي الأجنبية أولى ، لكن قال ابن الرفعة أن كلام الغزالي يقتضي أنه لو لم يرد شيئًا لم ينصرف إلى الزوجة بل تراجع .

قوله : ولو نكح امرأة نكاحًا فاسدًا وأخرى نكاحًا صحيحًا فقال لهما: إحداكما طالق، وقال: أردت فاسدة النكاح فيمكن أن يقال : إن قبلنا التفسير بالأجنبية فهذه أولى وإلا فوجهان . انتهى .

وما ذكره من احتمال قبول إرادة الأجنبية قد جزم به الماوردي في «الحاوي » فقال : إذا قال : إحداكما طالق وكان قد نكح إحداهما فاسدًا والأخرى صحيحًا فإن كان الطلاق مرسلاً غير معين وقع على المنكوحة نكاحًا صحيحًا ، وإن تبين أنه أراد التي نكحها نكاحًا فاسدًا قبل منه . انتهى .

قوله : فيما إذا طلق إحداهما بعينها ثم نسيها أولا بعينها بأن أبهم الطلاق فيجب عليه التعيين أو التبيين على الفور فإن أخر عصى . انتهى .

وظاهره أنه لو استمهل لا يمهل لكن قال ابن الرفعة : إنه لو استمهل أمهل فإن الروياني قال في المسلم على أكثر من أربع يمهل إذا استمهل ثلاثة أيام ، وما قاله ابن الرفعة ينبغي أن يكون محله إذا طلق ثم نسى أو أبهم، أما إذا عين ولم يدع النسيان فلا وجه للإمهال .

قولـه : فإن امتـنع حبس وعـزر، ظاهره أنه يجمع بين نوعي تعـزير من الحبس وغـيره وهو مخـالف لما سيـأتي في كتاب التـعازير في آخـر المسألة، ولو أبهم طلقـة رجـعيـة فـهل يلزمـه أن يبين أو يعين في الحـال ؟ وجهـان حكاهمـا الإمام : أحـدهما، نعم لحصول التـحريم ، وأصـحهـما :لا لأن الرجعية زوجة . انتهى .

وما ذكره من عـدم وجوب التعيين أو التبيـين ينبغي أن يكون محله إذا كانت العـدة قائمة ، أمـا إذا انقضت العدة فـإنه يطالب بحصـول البينونة وانتفاء الزوجية .

قوله : وإذا طـلق واحدة لا بعـينها فـهل يقع الطلاق من حين التلفظ أو من حين التعـيين ؟ فيه وجـهان : رجح مرجـحون الثاني، مـنهم الشيخ أبو علي وقـال : إنه ظـاهر المذهب ، وذهب الشـيخ أبو حـامـد والقـاضي أبو الطيب والروياني وغـيـرهم إلى ترجـيح الأول والنفس إلى قـبوله أسـرع ، انتهى ملخصًا .

والراجح الأول فـقد قال في « المحـرر » : إنه أقرب الوجـهين، وفي «الروضة » : إنه الصواب .

قوله : ولو مـاتتا أو ماتت إحـداهما بقيت المطالبـة بالتعين لبـيان حكم الميراث ، وحـينئذ فإن أوقعنا الطلاق بالـلفظ فذاك وإن أوقعناه بالتعـيين فلا سـبيل إلى إيقـاع طلاق بعـد الموت ولابد من استـناده للضرورة ، وإلى مـا يسند؟ وجهان :

أصحهما عند الإمام : إلى وقت اللفظ فيرتفع الخلاف .

وأرجحهما عند الغزالي : إلى قُبيل الموت . انتهى كلامه .

وما ذكره من الجزم بالوقوع على القول بإيقاعـه بالتعيين أيضًا قد خالفه في نظيره من العتق فجزم بأنه لا يقع ، وسوف أذكر لفظه في موضعه وهو

في أثناء الخاصة الرابعة من خواص العتق فراجعه، ووقع الموضعان في «الروضة » كذلك .

قوله : وإن لم ينو واحدة بعينها فهل يكون الوطء تعيينًا ؟ فيه وجهان وقيل قولان :

أحدهما : أنه يكون تعيينا وبه قال المزني وأبو إسحاق وأبو الحسن الماسرجسي ، ورجحه ابن كج .

والثاني : لا يكون وبه قال ابن أبي هريرة ، قال في « الشامل » و«التتمة» : إنه ظاهر المذهب . انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئًا في « الشرح الصغير » أيضًا، ورجح في « المحرر » أنه لا يكون تعيينًا وعبر بالأظهر ، وقال في « الروضة » من « زوائده » : إنه المختار ، وفي « الشامل » : إنه ظاهر نص الشافعي .

قوله في آخر المسألة : ولما أطلق الجمهور بالمنع منهما جميعًا أشعر ذلك بأن الأصح عندهم أنه ليس بتعيين . انتهى .

وما ذكره قد نازع فيه ابن الرفعة وقال :لا يلزم من كونه تعيينًا أن يكون حلالاً ؛ لأن ابتداء الوطء من المقدمات ، وقد منعوه منها ، قال: ويحتمل أن يقال : إذا حصل التغييب بجميع الحشفة تبينا أن ابتداء الإيلاج كان جائزًا بطريق الانعطاف على ما مضى .

قوله : ولو قال : أردت هذه ثم هذه أو هذه فهذه ، قال القاضي الحسين وصاحباه المتولي والبغوي : تطلق الأولى دون الثانية لاقتضاء الحرفين الترتيب ، وحكى الإمام هذا عن القاضي واعترض بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضًا فليكن كقوله هذه وهذه، والحق هو الاعتراض . انتهى .

والمتجه من جهة البحث هو المنقول لا الاعتراض ،وقد رجحه أيضًا في « الروضة » فقال : إنه الأظهر .

قـوله : ولو قـال : وهن ثلاث أردت أو طلقت هـذه بل هذه أو هذه، طلقت الأولى وإحدى الأخرين ويؤمـر بالبيان ، وإن قال هذه أو هذه ، بل هذه طلقت الأخيـرة وإحدى الأولين ويؤمر بالبيـان ، ثم قال عقبـه من غير فاصل ما نصه : ولو قال هذه وهذه أو هذه نظر إن فصل الثالثة عن الأولين بوقفة أو بنغمة أو أداء فالطلاق مردد بين الأولين وبين الثالثة وحدها وعليه البيان، فإن بين في الثالثـة طلقت وحدها ، فإن بين في الأولين أو إحداهما طلقتا ـ لأنه جـمع بينهما بالواو العاطفـة فلا يفترقان ، وإن فـصل الثانية عن الأولى طلقت وحدها وإن بين في الأخيرتين أو إحداهما طلـقتا جميعًا وإن سرد الكلام ولم يفصل احتـمل كون الثالثة مفصولة عنهمـا واحتمل كونها مضـمومة إلى الثانيـة مفصولة عـن الأولى فيسأل ويعـمل بما أظهر إرادته . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحـدهـمـا : أن جميع ما ذكره في مـا إذا فصل الثانية عن الأولى غلط عجـيب تبـعه عليـه في « الروضة »، فـأما قـوله تردد الطلاق بين الأولى وإحـدى الأخرين فـصـوابه أن يقول : طـلقت الأولى وتردد الطلاق بين الأخرتين ، لأن كلامـه فيما إذا عطف الثـانية بالواو والثالثـة بأو، وقد ذكر بعده في ما إذا عكس فـقدم لفظه أو نظير ما ذكرته فـقال: طلقت الأخرى وتردد الطلاق بين إحدى الأولتين .

وأما قوله فإن بين في الأولى طلقت وحدها فالغلط فيه من وجهين :

أحدهما : أن الأولى لا تحتاج إلى بيان .

والثاني : أن الطلاق لا يقع عليها وحـدها ، بل لابد معها من إحدى الأخرين .

وأما قوله فإن بين في الأخرين أو إحداهما طلقتا، فـإن الذي ذكره في

إحداهما غلـط ، بل إذا بين فيها اقتصر الطلاق عليها مع الأولى ،

واعلم أن هذه الأغاليط المذكورة كما أنهـا لا تستقيم في القسم الذي يتكلم فيه لا يستقيم أيضًا مجموعها في شيء من الأقسام .

الأمر الثـاني : أنه قد وقع في نسخ « الروضة » إسقـاط الثالثة المعطوفة «بأو » ، فـقال : ولو قـال هذه وهذه نظر . . . إلى آخره . وكـذلك في كثير من نسخ الرافعي وهو غلط فإن كلامه فيما إذا كن ثلاثًا .

قوله : ولو طلـق إحداهما ثم مـات الزوج قبل البيـان أو ماتتـا ثم مات الزوج فهل يقوم الوارث مقامه ؟ فـيه أقوال : أظهرها : أنه يقوم في الطلاق المعين دون المبهم وإذا لم يـقم مقامـه فإن مات الزوج قـبلهما وقف مـيراث زوجة بينهما حتي يصطلحا أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما، وإن ماتتا قبل موت الزوج وقف من تركتهما مـيراث زوج ، وإن توسط موته بينهما وقف من تركة لأولى مـيراث زوج ومن تركة الزوج مـيراث زوجة حـتى يحصل الاصطلاح . انتهى ملخصًا .

وحكم الوقف للزوجتين مـا إذا تحققنا أن كل واحدة منهـما ، فإن لم نتحقق بأن كانت إحداهما كتابية ففي الوقف وجهان :

أصحهـما وهو المنصوص : لا يوقف شيء للزوجـات ، بل يقسم كل التركـة بين باقي الورثة لأن استحـقاق الزوجين غير مـعلوم لاحتمـال أنها الكتابية .

والثـاني : يوقف لأن استحقاق باقي الورثة قـدر نصيب الزوجات غير معلوم ،هكذا صرح الرافـعي بالمسألة في نكاح المشركات ومـثل بهذا المثال ومثله ما لو كـانت إحداهما أمة أو غيرها ممن قـام به مانع ، وكذلك يأتي أيضًا هذا الخلاف في وقف نصيب إحداهما للزوج .

واعلم أن الاصطلاح لابد فيه من التصريح بالتواهب كما سبق إيضاحه في كـتاب الفـرائض في الكلام في ميـراث الخنثى وإذا كان في الـزوجات محجور علـيها فلا ينقض ولها في المصالحـة عن ما في يدها ظاهرًا ، ففي

الزوجين لا ينقص عن النصف ، وفي الثلاث لا ينقص عن الثلث كما أوضحه الرافعي في نظيره من نكاح المشركات فاستحضر ذلك هنا والله أعلم .

قوله : ولو قال : إن كان هذا الطائر غرابًا فعبدي حر ، فإن لم يكن فزوجتي طالق ، وأشكل الحال ومات الزوج قبل البيان فلا يقوم الوارث مقامه على المذهب فإنه قد يخبر بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة ، قال السرخسي في « الأمالي »: هذا الخلاف إذا قال الوارث حنث مورثي في الزوجة فإن عكس فيقبل قطعًا لإضرازه نفسه وهذا حسن . انتهى .

زاد في « الروضة » فقال : قد قال به أيضًا غير السرخسي وهو متعين. هذا كلامه ، وما ذكره السرخسي من الاتفاق على القبول وتصريح الرافعي والروياني بموافقته باطل نقلاً ومعنى ، وأما النقل فلأن مقتضى كلام الأصحاب يخالفه ، ولهذا نقله ابن يونس شارح « التنبيه » عن بعض المتأخرين ، وقال ابن الرفعة في « الكفاية » : إن هذه المقالة تلائم كلامًا ذكره الشيخ أبو حامد في نظير المسألة وطريقة الإطلاق تلائم كلامًا ذكره القاضي أبو الطيب .

وأما بطلانه من جهة المعنى فيتضح بالكلام على القسمين فنقول :

أما القسم الأول : وهو ما إذا أقر بالطلاق فلا شك أن العبد لا يعتق، ولكن قد يرث الزوج منها كما تقدم وهو واضح، وقد ترث المرأة من الزوج بأن يكون الطلاق الواقع رجعيًا وبموت الزوج في العدة، وقد لا يرث أحدهما من الآخر كما إذا كانت المرأة رقيقة أو كافرة أو كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا ولكن مات الزوج بعد انقضاء العدة، ثم إن الإرث قد يزيد على قيمة العبد .

القسم الثاني : أن يقر بالحنث في العتق وأن الطلاق لم يقع فقد ترث المرأة من الزوج وهو واضح ويحصل للوارث الضرر من جهة إرث المرأة

وفوات الرقبة ولكن لو كان قد قتله قاتل فإنه يأخذ منه دية الأحرار مع أنها قد تزيد على القيمة وعلى حصتها من الإرث فيكون منهما في ذلك ، وقد لا ترث المرأة من الزوج كما إذا طلقها بعد ذلك طلاقًا بائنًا ،لا سيما وقد يقتل العبد كما سبق فيأخذ الوارث بهذا الاعتراف دية الأحرار، وقد لا يرث أحدهما من الآخر وهو معلوم مما سبق، وإذا استحضرت جميع ما قلناه علمت أن كل واحد من هذه الأقسام قد يكون فيه تهمة وقد لا يكون فبطل ما وقع في الرافعي و « الروضة » من دعوى الاتفاق على قبول العكس استنادًا إلى عدم التهمة ويبقى النظر في أنا هل نقبله مطلقًا كما أطلقه الأصحاب أو نرده في كل صورة تحصل فيها تهمة دون ما عداها؟ يتجه تخريجه على إقرار الخنثى بالذكورة أو الأنوثة في محل التهمة وفيه اضطراب نبهت عليه ، وعلى ما عليه الفتوى في موضعه وهو باب الأحداث فراجعه .

قوله في المسألة : فإن لم يعتبر قول الوارث ، أو قال : لا أعلم أقرعنا بين العبد والمرأة فإن خرجت القرعة على العبد عتق ، وإن خرجت على المرأة لم تطلق ، وهل يرق العبد ؟ وجهان : أصحهما : لا لأن القرعة لم تؤثر في ما خرجت عليه فغيره كذلك فعلى هذا يبقي الإبهام كما كان ، وقيل لا نزال نعيد القرعة حتى تخرج على العبد .

قال الإمام : وعندي يجب إخراج القائل به من أحزاب الفقهاء ومن قال به فليقطع بعتق العبد وليترك تضييع الزمان في إخراج القرعة ، وهذا قويم ، لكن الحناطي حكى الوجه عن ابن أبي هريرة ، وهو في الفقهاء، زعيم عظيم فلا يتأتى إخراجه عن أحزابهم . انتهى كلامه .

وهذا النقل عن ابن أبي هريرة قد تابعه عليه أيضًا في « الروضة » وليس كذلك ، فقد رأيته في تعليقه الذي علقه عنه أبو على الطبري الجزم بمقالة غيره، ولم يذكر هذه بالكلية لا عنه ولا عن غيره .

قوله نقلاً عن أبي العباس الروياني : لو كانت له امرأتان فقال مشيراً إلى إحداهما : امرأتي طالق وقال : أردت الأخرى فهل تطلق الأخرى وتبطل الإشارة أم تطلقان معًا ؟ وجهان . انتهى .

قال في « الروضة » الأرجح الأول .

قوله نقلاً عن البوشنجي : وأنه لو جلست نسوته الأربع صفًا فقال : الوسطى منكن طالق ، فوجهان :

أحدهما : لا يقع شيء ، إذ لا وسطى .

والثاني : يقع على الوسطيين ؛ لأن الاتحاد ليس شرط في وقوع اسم الوسطى . انتهى كلامه .

والصواب في هذه المسألة خلاف الوجهين جميعًا بل يقع الطلاق على واحدة من الوسطيين ويعينها الزوج ، فقد نص الشافعي على أن هذا هو مدلول الوسط فقال في « الأم » في باب من أبواب الكتابة في باب الوصية للمكاتب في الكلام على الوصية له بأوسط النجوم ما نصه : ولو كانت عليه أربعة أنجم فأرادوا وضع الأوسط من النجوم المؤجلة وضعوا عنه أي النجمين شاؤوا الثاني أو الثالث؛ لأن ليس منهما واحد أولى باسم الأوسط من الآخر ، وذكر أيضًا بعده فيما إذا قال : ضعوا عنه أوسط نجومه عددًا مثله أيضًا ، وقد حكى الرافعي في مسألة النجوم عن ابن الصباغ التخيير وعن « التهذيب » أنه كلاهما وحاول ترجيحه ولم يطلع على نص الشافعي في المسألة وقد تفقه النووي هنا تفقهًا جيدًا وافق النص فقال: قلت : كلا الوجهين ضعيف والمختار وجه ثالث وهو أنه يطلق واحدة من الوسطيين ويعينها الزوج : لأن موضوع الوسطى لواحدة فلا يزاد . والله أعلم .

قال ـ رحمه الله ـ :

الشرط الثاني
من الكتاب في التعليقات

وفيه فصول :

الأول
في التعليق بالأوقات

قوله : ولو علق طلاقها بصفة ثم قال : عجلت تلك الطلقة المعلقة لم تتعجل لتعلقها بذلك الوقت المستقبل، وفيه وجه آخر عن رواية الشيخ أبى على وغيره، وإذا قلنا : لا تتعجل فأطلق ثم قال: عجلت لك الطلاق سألناه فإن قال : أردت تلك الطلقة صدقناه بيمينه ، ولم يتعجل شيء ، وإن أراد طلاقًا مبتدأ وقع في الحال طلقة ، انتهى كلامه .

تبعه عليه في « الروضة » وزاد عليه فقال في أواخر الكلام: فإن لم يكن له نية لم تقع في الحال شيء ، والله أعلم .

إذا علمت ذلك فاعلم أن الخلاف الذي ذكره يقتضي أن محله في أصل وقوع الطلاق حتى لا يقع شيء بالكلية على الصحيح ، ويدل على ذلك أيضًا ما ذكره في آخر كلامه خصوصًا ما ذكره النووي من « زوائده » وليس الأمر كما اقتضاه كلامهما ، بل تقع في الحال طلقة جزمًا ، وإنما محل الخلاف في أنه هل يقع مع ذلك طلقة أخرى عند وجود الصفة أم لا؟ وقد ذكره الإمام في موضعين :

أحدهما : قبل كتاب الرجعة بنحو ثلاثة أوراق ونقله عن الشيخ أبى على ، كما نقله الرافعي ولا شك أن الرافعي إنما نقله عن الإمام .

والموضع الثاني : في كتاب الخلع بعد أوله [بدون] (١) كراس واحد فقال : وإذا علق طلقة واحدة وهو يملك الثلاث ، ثم قال : نجزت تلك الطلقة التي علقتها ينجز الطلاق لا محالة . هذا لفظه ، وصرح به أيضًا القاضي الحسين في « تعليقه » فيما إذا كان التعليق على دخول الدار ونحوه فقال : فأما إذا قال إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال : عجلت ذلك الطلاق الآن وقع الطلاق ، فإذا دخلت الدار وقعت طلقة أخرى ، قال بخلاف ما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، ثم قال: عجلت تلك الصفة الآن فإنه يقع الآن ولا يقع في آخره عند مجيء أول الشهر. انتهى.

وقال في فتاويه أيضًا : مسألة : إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال : عجلت تلك الطلقة لا يتعجل ،لأن كلمة إن للشرط ولم يوجد ، فأما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم قال: عجلت تلك الطلقة تتعجل الآن ؛ لأن إذا للوقت وقد انتظم من مجموع ذلك خلاف في بقاء التعليق وانحلاله ووقوع الطلاق مع بقائه وعدم وقوعه فحيث قلنا بانحلال اليمين وقعت طلقة لا محالة وحيث قلنا ببقائه ، فقال الفوراني في «الإبانة» : تقع طلقة عند وجود التعليق وطلقة في الحال وذهب إليه أيضًا القاضي كما سبق نقله عن التعليق والفتاوي وابن خلف وابن الصباغ ، وحمل عليه نص الشافعي ﷺ حيث قال في « الإملاء » : لو قال لامرأته: أنت طالق إلى شهر ، ثم قال: أنت طالق تلك الطلقة الساعة لم يلزمه إلا واحدة إن كان أراد أني عجلتها الآن قبل الشهر، وإن لم يكن أراد به طلقات الآن طلقة وطلقت في الشهر . انتهى .

ثم قال : وهل يَنْحَلّ التعليق بشيء على أنه إذا علق الثلاث ثم نجزها فهل يَنْحَلّ تعليقه حتى لا يقع الثلاث في نكاح آخر أم لا؟ فإن قلنا :لا ينحل فلا معنى لحله بالجهة التي ذكرها ، وإن قلنا : ينحل عند استيفاء الثلاث فإذا علق واحدة ثم نجز واحدة وزعم أنها التى علقها ففي انحلال

(١) في جـ : بنحو .

التعليق وجهان، ووجه الانحلال بين ،ووجه مقابله أنه ليس متعلقًا بطلقة معينة، ولا خلاف أنه لو علق طلقة ثم نجز طلقة مطلقة فإن التعليق لا ينحل؛ لأن فك التعليق ليس إليه . انتهى كلامه ملخصًا . وفيه فوائد .

قوله : ولو عقب لفظ الطلاق بحرف شرط فقال: أنت طالق إن فمنعه غيره من الكلام بأن وضع يده على فيه ، ثم قال : أردت أن أعلق على شرط كذا صدق بيمينه وإنما حلفناه لاحتمال أنه أراد التعليق على شيء حاصل كقوله : إن كانت فعلت كذا وقد فعله ، ولو قطع الكلام مختاراً حكم بوقوع الطلاق . انتهى كلامه .

وما ذكره من الوقوع عند القطع مختاراً قد سبق منه في أوائل باب تعدد الطلاق ما يخالفه وسبق ذكر لفظه هناك وتبعه النووي على الوضعين فراجعه .

قوله : ولو حذف الفاء فقال : إن دخلت الدار أنت طالق قد أطلق البغوي وغيره أنه تعليق ، وقال البوشنجي : يسأل فإن قال : أردت التخيير حكم به ، وإن قال : أردت التعليق أو تعذرت المراجعة حمل على التعليق . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » أيضًا والصواب أنه إن كان عارفًا بالعربية وقع الآن على جعل إن نافية كما سيأتي إيضاحه، ويدل عليه كلامهم في ما إذا فتح أن التي ظاهرها الشرط وإن كان جاهلاً لم يقع شيء .

قوله : ولو قال : إن دخلت الدار وأنت طالق بالواو ، قال البغوي : إذا قال : أردت التعليق قبل أو التنجيز وقع، وإن قال : أردت جعل الدخول وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق قبل .

قال البوشنجي : فإن لم يقصد شيئًا طلقت في الحال وألغيت الواو ، كما لو قال ابتداء : وأنت طالق . انتهى .

قال في « الروضة » : المختار أنه عند الإطلاق تعليق بدخول الدار إن كان قائله لا يعرف العربية ،وإن عرفها فلا يكون تعليقًا ولا عبرة إلا بالنية لأنه غير مفيد عنده ، وأما العامي فيطلقه للتعليق ويفهم منه التعليق ، قال: وما قاله البوشنجي فاسد حكمًا ودليلاً وليس كالمقيس عليه . انتهى.

وما ذكره النووي من أن مقالة البوشنجي فاسدة فمسلم ، وأما قوله في عارف العربية أنه غير مقيد عنده فعجيب بل هو صحيح على جعل إن نافية وهو كثير في القرآن ، وحينئذ فيحتمل أن تكون الواو هاهنا بعدها واو الحال فلا يقع أو واو العطف فيقع فيسأل فإن أراد الأول فلا شيء، وإن أراد الثاني وقع الطلاق نواه أم لا اكتفاء بنية العطف ، فإن تعذرت مراجعته بموت أو غيره لم يقع شيء لجواز إرادة الحال ، ثم إنه أهمل قسمًا آخر وهو ما إذا جهلنا حاله فلم ندر أنه ممن يحسن العربية أم لا ؟ والمتجه عدم الوقوع فيه عند تعذر المراجعة ، وقد أوضحت ذلك كله في كتابنا المسمى «بالكواكب» فراجعه .

قوله : ثم الكلام في صورتين إحداهما :لو قال: أنت طالق في آخر شهر كذا فوجهان : أحدهما : يقع في آخر جزء من الشهر فإنه الآخر المطلق .

والثاني : يقع في أول جزء من ليلة السادس عشر ؛ لأن النصف الثاني كله آخر الشهر ، وفي « التهذيب » وجه ثالث : وهو أنه يقع في أول اليوم الأخير حملاً للآخر على اليوم الآخر ، وإيراده يقتضي ترجيحه . انتهى .

والأصح هو الوجه الأول فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » و«المحرر » : إنه أظهر الوجهين ، وصححه النووي في « الروضة » ولم ينبه فيها على أنه من زياداته ، بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له فإنه غريب .

قوله : الثانية : إذا قال : أنت طالق في سلخ الشهر ، ففيه وجوه :

أحدها : أنه يقع في آخر جزء من الشهر ؛ لأن الانسلاخ يحصل به وهو ما أجاب به الشيخ أبو حامد ورجحه الغزالي .

والثاني : يقع في أول اليوم الأخير وهو المذكور في « التتمة » و« التهذيب » وعن رواية صاحب « التقريب » وجه أنه يقع بمضى أول جزء من الشهر فإنه يأخذ في الانسلاخ من حينئذ ، قال الإمام : اسم السلخ يقع على الثلاثة الأخيرة كما تقع الغرة على الثلاثة الأول فيحتمل أن يقع في أول جزء من الأيام الثلاثة . انتهى .

والصحيح هو الأول فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر ، والنووي من « زوائده » : إنه الصواب ، ولم يذكر المسألة في «المحرر » .

قوله : ولو قال بالنهار : إذا مضى يوم فأنت طالق طلقت إذا جاء مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني هكذا أطلقوه ، ولكن فيه تلفيق اليوم من البعضين المفرقين ، وقد سبق في الاعتكاف أنه لو نذر أن يعتكف يومًا لم يجز تفريق الساعات في أصح الوجهين . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ من محاولة جريان الوجهين غلط حصل من ذهول عما قرره في الاعتكاف ، وذلك أن الزمان المنذور ليس محمولاً على الزمان المتصل بالنذر ، بل يجوز للناذر تأخيره عنه وفعله في أى وقت أراد ما لم يلتزم زمنًا معينًا كقوله من هذا الوقت وشبهه ،وأما التعليق فلا خلاف أنه محمول عند الإطلاق على أول الأزمنة المتصلة به فنظير مسألتنا من النذر أن يقول يومًا من هذا الوقت ، ولو قال ذلك لجاز فيه التفريق بلا خلاف ، وقد توهم النووي أيضًا صحة هذا البحث فأشار إليه بقوله هكذا أطلقوه ولم يذكر المستند .

قوله : ولو قال : إذا مـضى شهر فأنت طالق ، لم يقع حـتى يمضى شهر كامل ، فـإن اتفق قوله في ابتـداء الهلال طلقت بمضـيه تامًا أو ناقـصًا، وإلا فإن قاله ليـلاً طلقت إذا مضى ثلاثون يومًا ومن ليلة الحـادى والثلاثين بقدر مـا كان سـبق من ليلة التـعليق ، [وإن قـاله نهـارًا كمـل من اليوم الحـادي والثلاثين بعد التعليق] (١) . انتهى كلامه .

وما أطلقه من تتـميم الثلاثين عند الانكسار تبعـه عليه في « الروضة » أيضًا ومحله إذا كان ذلك في غير اليوم الأخير ، فإن عقد فيه وحصل بعده شهر هلالي فالصواب الذي قاله صاحب « التتمة » وغيره: أنه يكفي، كذا ذكره الرافعي في كتاب السلم .

قـوله : ولو قـال : إذا مضت سـنة فأنت طالـق وانكسر الـشهـر الأول كـملناه بعـد مضي أحـد عـشـر شهـرًا وأشـار الإمام إلى أن تـصوير عـدم الانكسار عسـير، لكن يظهر تقريبه بما إذا قال : إذا مـضت من أول رمضان سنة فأنت طالق ، ثم قـال : فلو شك في ما كان قـد مضى من الأول لم يقع الطلاق إلا باليقين ، وذكـر الحناطي في حِلّ الوطء في حال التـردد وجهين. انتهى .

والأصح كما قاله في « الروضة » من « زوائده » هو الحِلّ .

قوله : وإذا علـق الطلاق بصفة مـستـحيلة عـرفًا كقـوله : إن طرت أو صعدت السماء أو حملت الجبل فـأنت طالق ، أو عقلاً كقوله : إن أحييت ميـتًا ، أو إن اجـتمع السـواد والبيـاض ، أو شرعًـا كقوله : إن نـسخ صوم رمضان لم يقع الطلاق في الأصح .

والثاني : يقع مطلقًا .

والثالث : يقع في العقلى والشرعى دون العرفي . انتهى كلامه .

واعلم أن الرافـعي قد ذكـر في كتـاب الأيمان أنه إذا حلف لا يصعـد السماء فإن يمينه لا ينعقد في أصح الوجهين ، وذكر نحوه في ما إذا حلف

(١) سقط من جـ .

لا يشرب ماء النهر فشرب فإنه صحح أنه لا يحنث ، ثم نقل عن القاضي أبى الطيب أنه قال: ينبغي على هذا أن يقال :لا ينعقد يمينه ، كما لو حلف لا يصعد السماء ، وإذا علمت ذلك فقياس ما يجيء فيه أن يقال :لا ينعقد اليمين في الأشياء التي ذكرها أيضًا حتى لا حنث بها الحالف على الحلف، ويكون قول الأصحاب اليمين إما حنث أو منع أو تصديق محمولاً على ما إذا كان الحلف على الأشياء الممكنة ، وقد ذكر الرافعي هذه القاعدة في أول هذا الفصل وأطلقها فتفطن لذلك .

قوله : الثانية : إذا قال: أنت طالق أمس ، وقال : أردت أنى طلقتها في الشهر الماضي وبانت [مني ثم جددت النكاح ، أو أن زوجًا آخر طلقها في نكاح سابق وبانت] (١) منه فنكحتها ، قال الأصحاب : ينظر إن عرف نكاح سابق وطلاق سابق ، وأقام على ذلك بينة وصدقته في إرادته فذاك ، وإن كذبته وقالت : لم ترد ذلك وإنما أردت إنشاء الطلاق الآن فيحلف، قالوا: ويخالف هذا ما إذا [قال] (٢) طلقها في هذا النكاح حيث يصدق ولا يطالب بالبينة ؛لأنه معترف هناك بطلاق في هذا النكاح وهاهنا يريد صرف الطلاق عن هذا النكاح ، وإن لم يعرف نكاح سابق وطلاق في ذلك النكاح، فإن كان محتملاً فينبغي أن يقبل التفسير به ، وإن لم يقم بينة وأن لا يقع الطلاق وإن كان كاذبًا ألا ترى أنه لو ابتدأ فقال : طلقك في الشهر الماضي زوج غيرى لا يحكم بوقوع طلاقه وإن كذب . انتهى كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ في القسم الثاني وهو ما إذا لم يعرف ما ادعاه من كونه ينبغي القبول تابعه عليه في « الروضة » أيضًا وهو يقتضي أن المسألة ليست مصرحًا بها للأصحاب وأن الحكم فيها ما ذكره بحثًا ، وليس كذلك بل الأصحاب مصرحون بالمسألة وقائلون بعدم القبول، والمذكور هنا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من جـ .

إنما هو بحث للإمام فاعلمه ، والمسألة مذكورة في « النهاية » على الصواب فنقلها الرافعي منها فأسقط موضع الحاجة ، فإن الإمام قد قال ما نصه : إن أقام بينة قبل يمينه فإن اتهم حلف ، وإن لم يمكنه أن يثبت ذلك لم يقبل منه ويحكم بانتجاز الطلاق ، هكذا قال الأصحاب ، وفي القلب من هذا شيء فإن اللفظ إذا كان محتملاً ، وهو صاحب اللفظ والإرادة فإذا فسر لفظه بممكن لم يبعد قبوله ثم يكذب في إخباره ،وإن كنا نجعل المسألة على وجهين في ما لو فسر لفظه بمحال وهو إسناد الوقوع إلى ما مضى حتى نقول في وجه :لا يقع فلا يبعد أن ينزل لفظه إذا فسره بالإقرار منزلة ما لو ابتدأ فقال : طلقك في الشهر الماضي زوج غيري ، وهذا لا يوجب وقوع الطلاق منه وإن كان كاذبًا هذا كلام الإمام ، وأسقط الرافعي منه منقول الأصحاب وأبقى منه ما يوهم أن الحكم ما ذكره ، وقد ذكره في « الشرح الصغير » على الصواب فقال : وإن لم يُعرف نكاح سابق وطلاق ولم يقم عليه بينة حكم بوقوع الطلاق في الحال .

وقال الإمام : ينبغي أن يقبل التفسير به هذه عبارته وجزم في « المحرر» بأنه لا يقبل ولم يذكر فيه توقفاً وقد صرح أيضًا بما نقله الإمام جماعة منهم البغوي في « تهذيبه » ، وقد تبين لك أن الحكم بخلاف المذكور هنا وفي « الروضة » فاعلمه واحمد الله على تيسيره وتيسير أمثاله.

قوله : ولو قال : أنت طالق للشهر الماضي ، ففي « المجرد » للقاضي أبي الطيب أنه يقع الطلاق في الحال بلا خلاف كما لو قال لرضى فلان، لكن الكلام في مثل ذلك يستعمل للتاريخ ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة في قوله في الشهر الماضي . انتهى .

والذي بحثه الرافعي قد جزم به ابن داوود في شرحه « للمختصر » وزاد عليه قسمًا أخر فقال : إن أراد باللام الوقت فكما لو قال في الشهر

الماضى وإن أراد التعليل وقع ولم يتعرض لحالة الإطلاق .

قوله في أصل « الروضة » : التاسعة : قال : إذا مات فلان أو إذا قدم فلان فأنت طالق قبله بشهر ، أو قال : أنت طالق قبل أن أضربك بشهر ، نظر إن مات فلان أو قدم أو ضربها قبل مضى شهر من وقت التعليق لم يقع الطلاق ، وقيل : يقع عند الضرب ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور . انتهى كلامه .

وما ذكره من اختصاص الوجه بالضرب غلط عجيب ، فإن الرافعي حكاه في الجميع إلا أنه حكاه عن الشيخ في « المهذب » والشيخ إنما حكاه في القدوم ، وأما في التعليق على الموت فجزم بمقالة الجمهور وسكت عن التعليق على الضرب فلم يذكره بالكلية فحصل للرافعي غلط فيما نقله عن « المهذب » ، ثم حصل للنووي غلط آخر فيما نقله [عن الرافعى وهو أفحش من غلط الرافعى إلا أن الرافعى بعد نقله] [١] في الجميع في أثناء الاستدلال مثل بالقدوم على وفق ما حكاه الشيخ .

قوله في المسألة : فإن مات أو قدم أو ضرب بعد مضى شهر من وقت التعليق تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر . انتهى .

وما جزم به من الاكتفاء بالشهر في الوقوع تبعه عليه في « الروضة »، لكن جزم في « المهذب » في التعليق على الموت بأنه لابد من زيادة لحظة على الشهر ليقع الطلاق فيها إلا أنه صور ذلك في التعليق على موت نفسه، ولم يذكره في التعليق على القدوم ولا فرق بينهما ،وقد جزم به في القدوم أيضًا ابن الصباغ في « الشامل » والمحاملي في « المجموع » والبندنيجي في « تعليقه » وغيرهم .

قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم أو غدًا ، فوجهان :

الصحيح: لا يقع إلا في الغد ؛ لأنه اليقين .

---

(١) سقط من أ .

والثاني : يقع في الحال تغليبًا للإيقاع . انتهى .

وقد وقع في الرافعي مسائل متشابهة في المدرك وبعضها كالمعارض لبعض فقال في آخر هذا الفصل : قال : أنت طالق غدًا أو عبدى حر بعد غد ، قال البوشنجي: يؤمر بالتعيين ، وقال في أخر عدد الطلاق في فتاوي القفال : لو قال : طلقتك واحدة أو اثنتين على سبيل الإنشاء فيختار ما شاء من واحدة أو اثنتين وقال في آخر تعليق الطلاق نقلاً عن البوشنجي: وأنه لو قال إن دخلت الدار فعبدى حر أو كلمت فلانًا فامرأتي طالق سألناه لنتبين أي اليمينين أراد فما أراد تقرر .

وقال في آخر الباب الثالث من أبواب الأيمان : وفي « الإقناع » للماوردي أنه لو قال : لا أكلت خبزًا أو لحمًا فرجع إلى مراده منهما فيتعلق به اليمين .

قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد فوجهان :

أحدهما عن ابن سريج وصاحب «التقريب» : لا تطلق .

والثاني : تطلق . انتهى .

والأصح هو الأول ،كذا جزم به صاحب « التنبيه » وصححه في «الروضة » من زوائده .

قوله : ولو قال أنت طالق ثلاثًا في ثلاثة أيام ، أو في كل يوم طلقة نظر إن قاله بالنهار وقعت في الحال طلقة وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى وبطلوعه في الثالث أخرى ، ولو قال : أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم فيدين . وهل يقبل ظاهرًا ؟ فيه وجهان أحدهما : نعم كالسنة ، والثاني :لا لأن النوم عبارة عن هذا الزمان المحصور لا يدخل بعضه في بعض بخلاف السنة والوجهان ينطبقان على الوجهين في أن من نذر اعتكاف يوم ، هل يجوز له أن يعتكف ساعات متفرقة بقدر يوم ؟ وقياس ما أجابوا به في ما

إذا قال : إذا مضى يوم فأنت طالق ، أنه يقبل . انتهى كلامه .

والقياس على مسألة النوم قياس عجيب لا أدرى كيف وقع للرافعي فقد تقدم أنه قال ذلك في أثناء يوم أنها لا تطلق إلا بنظيره من اليوم الثاني وإن أطلق ، وأما في مسألتنا فإنها تطلق في اليوم الذي قاله فيه عند الإطلاق ، فكيف يقيس القبول في ما يخالف الظاهر والأصل على القبول في ما يوافقهما ، وقد تبعه النووي في « الروضة » على دعوى القياس فقال : أقيسهما : القبول ، ولم يذكر مستنده فاستتر وقد ظهر لك أن الترجيح المذكور في هذه المسألة من الكتابين كلا ترجيح فتفطن له .

قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم فمضى اليوم ولم يطلقها فعن ابن سريج : أنه لا طلاق ؛ لأن الشرط إنما يوجد بمضى اليوم وإذا مضى اليوم تعذر الطلاق اليوم ، وقال الشيخ أبو حامد: يقع في آخر لحظة من اليوم وهذا إذا بقى من اليوم زمن لا يسع التطليق ؛ لأن الشرط قد تحقق حينئذ . انتهى .

قال في « الروضة » : الأفقه المختار هو الثاني ، والله أعلم .

فيه أمران :

أحدهما : أن في المسألة اعتبارًا آخر هو أظهر مما ذكره وهو آخر لحظة من اليوم ، لكن لا بالتفسير الذي ذكره، وذلك لأن زمن التطليق أوسع من زمن وقوع الطلاق ، فإنه إذا مضى مثلاً زمن الطلاق فقد بقي من اليوم زمن لا يسع التطليق واليوم باق وبقاؤه يمنع الطلاق، وإذا حصل اليأس من التطليق ، وقد صرح الرافعي بحكاية ذلك وجهاً في نظير المسألة وأشعر إيراده برجحانه ، ذكر ذلك في الباب الثاني من كتاب الأيمان في أول النوع السادس منه .

الأمر الثاني : أن الأصوب ما قاله ابن سريج لا للمعني الذي ذكره ،

بل لأنه لو وقع الطلاق المعلق لوجد التطليق اليوم ؛ لأن التعليق مع وجود الصفة تطليق فإذا وجد التطليق لم يقع المعلق لانتفاء شرطه وهو عدم التطليق .

قوله : وفي فتاوى القفال أنه لو قال: أنت طالق في أفضل الأوقات طلقت في ليلة القدر ، وإن قال : أفضل الأيام طلقت يوم عرفة وفي وجه يوم الجمعة عند الغروب . انتهى كلامه .

وحاصله أن في التعليق على أفضل الأيام خلافًا من غير ترجيح؛ لأنه نقل عن فتاوى القفال أنه يوم عرفة ونقل وجهًا آخر أنه يوم الجمعة ، وقد اختصر في « الروضة » هذا الكلام على وجه يقتضي أن يكون الأول هو الصحيح وأن المذكور في فتاوي القفال إنما هو الوجه خاصة ،فقال : قال: أنت طالق في أفضل الأوقات طلقت ليلة القدر، ولو قال: أفضل الأيام طلقت يوم عرفة وفي وجه يوم الجمعة عند غروب الشمس، ذكره القفال في فتاويه .هذا لفظه ،فإن كان الكلام جميعه من كلام القفال وهو الظاهر، ورد عليه أن التصحيح الذي أدخله في كلام الرافعي ليس للرافعي، بل لا تصحيح في كلامه بالكلية ، وإن كان صدره خاصة للقفال، والمسألة الثانية نجملها من كلام الرافعي فيرد عليه نسبة الوجه الأخير إلى القفال، وقد استدرك في « الروضة » على الوجه القائل بالوقوع عند الغروب استدراكًا صحيحًا فقال : تخصيصه بوقت الغروب ضعيف أو غلط لأن اليوم يتحقق بطلوع الفجر فإن تخيل متخيل أن ساعة الإجابة قد قيل؛ إنها آخر النهار فهو وهم ظاهر لوجهين :

أحدهما : أن الصواب أن ساعة الإجابة من حيث يجلس الإمام على المنبر إلى أن يقضي الصلاة ، كذا صرح به رسول الله ﷺ في « صحيح مسلم » (١) .

---

(١) حديث (٨٢) من حديث أبي هريرة ﷺ .

والثاني : أنه لم يعلق بأفضل أوقات اليوم بل اليوم الأفضل واسم اليوم الأفضل يحصل بالفجر .هذا كلامه، وقد راجعت فتاوى القفال فرأيته قد جزم بالأول وحكى الثاني وجهًا ضعيفًا وعلله بقوله لأن تلك الساعة أفضل .

قوله : وقد سكت جمهورهم عن التعليق بأفضل الشهور والمنقول فيه أنه رمضان لا الأشهر الحرم ، كذا جزم به الشيخ عز الدين في أوائل القواعد في الفصل المعقود لتفاوت أجور الأعمال لاختلاف الأزمان ، وروى الحليمي في « شعب الإيمان » أنه عليه الصلاة والسلام قال : « سيد الشهور رمضان » (١) .

قوله : نقلاً عن « فتاوى القفال » : ولو قال : أنت طالق بين الليل والنهار، لا تطلق ما لم تغرب الشمس . انتهى .

محل هذا إذا كان بالنهار فإن كان ليلاً لم تطلق حتى يطلع الفجر ، وقد نبه عليه في « الروضة » .

قوله في « الروضة » نقلاً عن الفتاوي المذكورة : ولو قال : أنت طالق قبل موتى طلقت في الحال ، وإن قال قبل بضم القاف وفتح الباء أو قبيل بزيادة ياء لا تطلق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته . انتهى كلامه .

وما ذكره في ضبط قبل من فتح الباء غلط لم يذكره أحد بل فيه لغتان إسكان الباء وضمها كنقيضه وهو الدبر كذا ذكره الجوهري وغيره ، ولم يتعرض الرافعي وابن الرفعة إلا لضم القاف فقط وما ذكره في صدر المسألة

---

(١) أخرجه البيهقي في « الشعب » (٣٦٣٧) و (٣٧٥٥) وابن عساكر في « تاريخ دمشق » (٢٦/ ٣٩٣) من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعًا بسند ضعيف ، لضعف يزيد بن عبد الملك النوفلي .
قال الألباني : ضعيف .
وأخرجه الطبراني في « الكبير » (٩٠٠٠) وعبد الرزاق (٧٨٩٤) وابن أبي شيبة (١/ ٤٧٧) والبيهقي في « الشعب » (٣٦٣٨) من حديث ابن مسعود موقوفًا .

تبعًـا للرافعي من نقله عن القـفال فـقط مشهـور ذكره القـاضي حسين في تعليقه والمتولى في « التتمـة » ، والقاضي أبو الطيب في آخر تعليقه ونقله في « الشامل » عن ابن الحداد .

قـوله : ولو قـال : أنت طالق قـبل أن تدخلى الدار وقـبل أن أضـربك ونحو ذلك مما لا يقطع بوجوده .

قال إسماعيل البوشنجي : يحتمل وجهين :

أحدهما : وقوع الطلاق في الحال لقـوله قبل موتى أو قبل موت فلان . وأصحهما : لا يقع حتى يوجد ذلك الفـعل فحينئذ يقع الطلاق مستندًا إلى حـال اللفظ لأن قولـنا هذا قبل هذا يـسـتـدعى وجـودهما وربما لا يوجـد . انتهى كلامه .

وهذه المسـألة قد ذكـرها الرافعي أيضًـا بعد ذلك في الطرف الـسادس المعقود للمسائل الدورية إلا أنه مثل بمثال آخر فذكر ما حاصله أنهما ما داما حيين . لا يقع الطلاق قبل الصفة وأنه إذا مات أحدهما حكم بوقوعه قبيل الموت وهذه المقالة مخالفة لكل من الاحتمالين [المذكورين فى هذا الباب، أما على الإحتمال] (١) الأول فواضح ، وأما على الثاني الذي صححه فقد خالفه هناك من وجهين :

أحدهما : إيقاع الطلاق بالموت مع أن المعلق عليه لم يوجد .

والثـــاني : كونه واقعًا قبيل الموت لا مـستندًا إلى حال اللفظ وسأذكر لفظه هناك إن شـاء الله تعالى فراجـعه ، وقـد تبعه في « الـروضة » على الموضعين .

واعلم أنه إذا قـال لنسـوته أول من تدخل منكن الدار طالق فـدخلت واحدة طلقت وإن لم يدخل غيرها ولفظ الأول لا يسـتدعى ثانياً فأى فرق بينه وبين قبل .

---

(١) سقط من أ .

قوله : ولو قال : أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى سألناه فإن أراد الأضحى الذي بين يديه لم تطلق حتي يجيء ذلك الأضحى وينقرض ليكون قبل التطليقة ، وإن أراد الأضحى الماضي طلقت في الحال كما لو قال يوم السبت : أنت طالق طلقة قبلها يوم الجمعة . انتهى .

فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه في الوصف بقبلية يوم الجمعة يوهم الوقوع في الحال وليس كذلك ، بل الوصف كالوصف بقبلية يوم الأضحى سواء ولا فرق بينهما .

الأمر الثاني : أن كلامه ساكت عما إذا لم يكن له نية وحكمه أنه لا يقع حتي ينقضي الأضحي الذي بين يديه ؛ لأنه المتيقن وقد نبه عليه في «الروضة » وهو واضح ، ومثله ما إذا تعذرت مراجعته بسبب من الأسباب كالموت والجنون ونحوهما ، ويستدل بهذه المسألة ونحوها على أنه لا يقع إلا واحدة إذا قال: أنت طالق وكرره ولم يعلم هل أراد التأكيد أو الإستئناف، ولم يصرح به الرافعي هناك ، وذكر الرافعي في باب استثناء الطلاق نحوه أيضًا فقال نقلا عن البوشنجي من غير اعتراض عليه: إذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا نصفًا فإنه يراجع ، فإن أراد إلا نصفها فطلقتان ، وإن أراد إلا نصف طلقة طلقت ثلاثًا ، وإن لم تكن نية فطلقتان وقد تقدم أيضًا في كتاب الإقرار في الباب الأول منه ما يوضح ما ذكرناه وهو لزوم الأقل فراجعه .

قوله : ولو قال : أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما قبل شهر لم تطلق ، وإن مات أحدهما بعد مضي شهر فوجهان:

أحدهما: تطلق قبل موته بشهر؛ لأنه وإن تأخرت بموت الآخر فيصدق عليه أنه وقع قبل موتهما بشهر .

والثاني : لا تطلق أصلاً لأنه في العرف لا يقال: طلقت قبل موته بشهر إلا إذا لم يزد ولم ينقص وهذا الوجه خرجه البوشنجي ، ونظير المسألة

قوله: أنت طالق قبل عيدى الفطر والأضحى بشهر ، فعلى الأول تطلق أول رمضان، وعلى الثاني لا تطلق . انتهى .

قال في « الروضة » الصواب الأول ، والثاني غلط .

قوله : وحكـى أبو العباس الرويانـي وجهين في ما لو قـال: أنت طالق كل يوم فوجهان : أحدهما : وبه قـال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أنها لا تطلق كل يوم حتي يكتمل الثلاث .

والثاني : لا تطلق إلا واحدة ، والمعنى أنت طالق أبدًا . انتهى .

والأصح هو الأول لأنه السابق إلـى الفهم ،كذا قـاله في « الروضة » من زوائده .

قوله : ولو قال : أنت طالق غدًا أو عبدي حر بعد غد ، قال البوشنجي: يؤمر بالتـعيين فإذا عين الطلاق أو العـتق تعين في اليوم الذي ذكـره . انتهى كلامه .

ذكر مثله في « الروضة » وفيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي قد نقل عن فتاوى القفال في بعض نظائر المسألة ما يخـالف المذكور هنا ، وأقره هو والنووي عليـه وقد تقدم إيضـاحه في الباب الثالث المعقود لتعدد الطلاق فراجعه .

الأمر الثاني : أن هذه المسألة قد ذكرها أيضًا ابن الصباغ في « شامله » وكلامه يشعر بأن التعيين إنما يكون بعـد الغد لا قبله ،فإنه عبر بقوله: فإذا جاء بعد الغد كان الخيار إليه في تعيين الطلاق أو العتق هذا لفظه ، والذي أشعر به كلامه .

الفصل الثاني
في التعليق بالتطليق

قوله : من له أربع نسوة وعبيد فقال : إن طلقت واحدة من نسائي فعبد من عبيدي حر ، وإن طلقت اثنتين فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثة فثلاثة أعبد أحرار ، وإن طلقت أربعًا فأربعة أعبد أحرار ، ثم طلقهن معًا أو على الترتيب عتق عشرة أعبد ؛ لأنه طلق واحدة واثنتين وثلاثًا وأربعًا ، وهذه الأعداد إذا جمعت بلغت عشرة ، وكذا الحكم لو علق بإذا أو متى أو مهما أو ما يقتضي التكرار . انتهى كلامه .

وهذه الواو المذكورة في تصوير المسألة حيث قال : وإن طلقت كذا وكذا هي على سبيل الشرط فإن أتى بثم فقال :ثم إن طلقت إلى آخره فلا يضم المأخوذ أولاً إلى التعليق الثاني لتمام اسم الاثنين والثلاث والأربع ، فقد ذكر الرافعي بعد ذلك في نظير المسألة مثله فقال في أول الطرف الرابع المعقود للتعليق بالحيض أنه لو قال : إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيضتين فأنت طالق فإذا حاضت حيضة وقعت طلقة فإذا حاضت أخرى وقعت ثانية، وإن قال إن حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إن حضت حيضتين فأنت طالق ،فإنما تقع الثانية إذا حاضت بعد الأولى حيضتين . هذا كلامه ، فعلى هذا إذا عطف بـ «ثم» في مسألتنا وطلق الأولى فيعتق عبدًا ، وإذا طلق الثانية فلا يعتق بها شيء إلا بوصف الواحدة لأنه لم يعلق بحرف يقتضي التكرار ككلما ، بل علق بأن ، ولا يوصف المرأتين لأن الأولى قد عددناها فإذا طلق الثالثة صدق هذا الوصف ـ أعني : وصف الاثنين ـ ولا يصدق بعد ذلك وصف الثلاثة ولا وصف الأربعة، وحينئذ فلا يعتق إلا ثلاثة أعبد ويتجه أن تكون الفاء في ذلك كثم .

قوله : أمـا إذا علق هذه التعليقات بكلـمة كلما ثم طلقهن مـعًا أو على الترتيب فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب أنه يعتق خمسة عشر عبدًا؛ لأن كلمـة كلمـا تقتـضي التكرار ، وإذا طلق واحـدة حـصلت صفـة وهي تطليق واحدة فيـعتق عبد ، وإذا طلق أخرى حصلت صفـتان تطليق واحدة مرة أخرى وتطليق اثنتين فيعتق ثلاثة أعبـد ، فإذا طلق ثالثة حصلت صفتان طلاق واحدة مرة أخـرى فطلاق ثلاث فيعتق أربعة أعبـد، فإذا طلق الرابعة حصل ثلاث صفات طلاق واحدة مـرة أخرى فطلاق الاثنتين غير الأوليين وطلاق أربع فيعتق سبعة ، المجموع خمسة عشر ووراء هذه وجوه .

أحدها عن ابن القطان : أنه يعتق عشرة .

والثاني : أنه يعتق سبـعة عشر عبدًا لأن في طلاق الثـالثة وراء الصفتين المذكورتين صفة أخرى وهى طلاق اثنتين بعد الأولى فيعتق عبدان آخران .

والثالث : يعتق عشرون عبدًا سبـعة عشر عبدًا لما ذكرناه وثلاثة لأن في إطلاق الرابعـة صفـة أخرى وراء الصـفـات الثلاث وهو طلاق ثلاث بعـد الأولى ، وهذه الوجـوه ضعـيـفة باتفـاق الأئمـة ، أما الأول فـلأنه إسقـاط لمقتـضي كلما ، وأمـا الآخران فلأن الثـانية مـعدودة مع التي قبـلها في يمين الاثنتين والثالثـة معدودة مع اللتين قـبلها في يمين الثلاث فـلا يعدان مع من بعدهما في اليمين فإن ما عد في عدد مرة لا يعـد فيه مرة أخرى ، واستشهد على ذلك بأنه لو قـال كلما أكلت نصف رمانة فـعبـد من عبيـدي حر ، ثم أكل رمانة فيعتق عبدان لأنه أكل نصفي رمانة ولا يقال يعتق ثلاثة أعبد لأنه الربع الثاني مع الثالث نصف رمانة لأن الربع عد مرة مع الأول فلا يعده مرة أخرى ، وبأنه لو قال : كلما دخلت الدار فـأنت طالق فدخلت مرة وطلقت ثم دخلت مرة أخرى تطلـق طلقة ثانية ، ولا يقال تطلق طلقـتين طلقة بهذه الدخلة وأخرى بالدخلة الأولى ؛ لأن الأولى قد حسبت مرة فلا تحسب مرة

أخرى ، والشيخ أبو حامد والإمام وجماعة نفوا وجه العشرين وألزموا من قال : سبعة عشر أن يقول بعتق عشرين تبعًا لما صار إليه ، ووجه إعتاق سبعة عشر أولى بالنفي ،لأن من لم يقل بالعشرين ومن قال به يلزمه أن لا يقتصر عليه ويقول بالعشرين ، وفي « المجرد » للقاضي أبي الطيب وجه آخر أنه يعتق ثلاثة عشر عبدًا . انتهى كلامه .

فيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من اشتراط كلما في التعليقات الأربع حيث قال: أما إذا علق هذه التعليقات بكلمة كلما إلى آخره سبقه إليه الأصحاب فتابعهم عليه هنا وفي « الشرح الصغير » و « الروضة » وتصحيح « التنبيه» وهو غلط والصواب اشتراطه في التعليق الأول والثاني خاصة ؛ لأن الثلاثة والأربعة لا يتصور فيهما التكرار .

الأمر الثاني : أن ما ذكره من الاستشهاد للصحيح بصورة الدخول ذهول ، فإن الاقتصار على كلما دخلت هو نظير الاقتصار على كلما طلقت امرأة فعبد حر وليس كلامنا فيه إنما كلامنا فيما إذا قال: وكلما طلقت امرأتين إلى آخره فنظيره أن يقول :كلما دخلت مرتين ، وحينئذ فتصير مسألتنا بعينها فثبت أنه لا فرق في الحكم بين الدخول والعتق .

الأمر الثالث : أن ما ذكره آخرًا في البحث مع الإمام وغيره من نفاة وجه العشرين عجيب فإن المذكور في « النهاية » أنهم نفوه من جهة النقل ففهم الرافعي أن المراد نفي توجيهه فذكر ما ذكر .

الأمر الرابع : أنه أهمل قسمًا ثالثًا ذكره في « التنبيه » وإن كان قد غلط في حكمه ، وهو ما إذا صرح بكلما في الأول خاصة وحكمه أنه يعتق ثلاثة عشر عبدًا وقد نبه عليه النووي في تصحيحه وهو واضح .

قوله : ولو قال : إن تركت طلاقك فأنت طالق ، فإذا مضى زمان يمكنه

أن يطلق فلم يطلق طلقت ، وإن طلقها في الحال واحدة ثم سكت لا تقع أخرى ؛ لأنه لم يترك طلاقها ، قال في « التهذيب » : ويمكنه لو قال : إن سكت عن طلاقك فأنت طالق فلم يطلقها في الحال طلقت بحصول الصفة، وإن طلقها في الحال ثم سكت طلقت أخرى بالسكوت ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين . انتهى كلامه .

وتفريقه بين أن يقول إن سكت أو تركت بالنسبة إلى الوقوع ثانيًا تابعه عليه في « الروضة » ولا أدري ما وجهه فالصواب التسوية وأن يجعل هذا من الأجوبة المختلفة ، ولم يتعرض للمسألة في « الشرح الصغير » ولا في «المحرر » .

قوله : فإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس ولليأس ثلاثة أسباب :

أحدها : موت أحد الزوجين .

الثاني : الجنون ، فإذا جن أحدهما لم يوجب ذلك يأسًا ؛ لأن الإفاقة والتطليق بعدها متوقعان ، فإن اتصل الموت به تبين حصول اليأس من وقت الجنون فيطلق قبيل الجنون .

الثالث : الفسخ ، فإذا انفسخ النكاح بسبب أو انفسخ بردة أو غيرها فلا يحصل اليأس ؛ لأنه قد يجدد نكاحًا وينشأ فيه طلاقًا ولا يختص ما به البر والحنث بحال فإذا ماتا أو أحدهما ولم يوجد تجديد أو تطليق فقد تحقق الفوات ، ولا يمكن القول بوقوع الطلاق هاهنا قبيل الموت فتعين الاستناد إلى ما قبل الانفساخ كما استندنا إلى ما قبل الجنون ، كذا ذكره الإمام على تلوم وتردد فيه وتابعه عليه المصنف وغيره قالوا : وهذا إذا كان [الطلاق رجعيًا] (١) فإن كان بائنًا لم يقع إذ لو وقع؛ لما حصل الفسخ ، ولو لم

---

(١) سقط من أ .

يحصل الفسخ لم [يحصل اليأس وإذا لم يحصل اليأس لم] [(١)] يقع الطلاق . انتهى كلامه .

وهذا الذي نقلته من كلام الرافعي كالمقدمة والمقصود سيأتي فمراده بقوله ، ولا يختص ما به البر والحنث بحال النكاح إنما هو النكاح ، الأول لا نفي الاختصاص عن النكاح مطلقًا لأن الصفة المعلق عليها هاهنا هو الطلاق والطلاق أيضًا يتوقف على النكاح فتعين أن يكون المراد ما قلناه ، وقد صرح به الغزالي في « الوسيط » وذكره لابد منه ، ثم قال ـ أعني الرافعي ـ : ولو جدد نكاحها بعد الانفساخ فإن طلقها في النكاح الثاني لم يفت التطليق ولا يقع الطلاق ، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما في النكاح المجدد فيبني على قولى عود الحنث إن قلنا : يعود الحنث طلقت في النكاح الثاني قبل الموت وبنينا النكاح على النكاح ، وإن قلنا : لا يعود الحنث فلا يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت فيستند إلى ما قبل الانفساخ كما سبق . انتهى كلامه .

وهذه المسألة قد ذكر ما يخالفها في أواخر الباب : وسأذكر لفظه هناك فراجعه .

ثم قال : واعلم أن هذه الطرق الثلاثة في ما إذا كان التعليق بنفي التطليق ، أما إذا علق بنفي الضرب وسائر الأفعال فالجنون لا يوجب اليأس وإن اتصل به الموت .

قال في « الوسيط » : لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونحوه كضرب العاقل على الصحيح . انتهى .

ومراده بهذا أن الطلاق في هذه الحالة إنما يقع قبيل الموت لا قبيل الجنون فاعلمه .

---

(١) سقط من أ .

ثم قال : ولو أبانها ودامت البينونة إلى الموت ولم يتفق الضرب فلا يقع الطلاق ولا يحكم بالوقوع قبل البينونة، بخلاف ما في قوله إن لم أطلقك ؛ لأن الضرب بعد البينونة ممكن والطلاق بعد البينونة غير ممكن . انتهى كلامه .

ومراده بقوله ولو أبانها إنما هو البينونة بالفسخ أو الانفساخ لا البينونة بالطلاق؛ لأنه إذا أبانها بالطلاق لم يقع بالتطليق المعلق على نفيه شيء آخر، لأنه لم ينتف الطلاق ، بل وجدوا الرافعي قد ذكر بأنه يقع قبل هذه البينونة طلقة أخرى فقال ، بخلاف ما في قوله : إن لم أطلقك إلى آخره كما تقدم وإذا علمت صورة المسألة فاعلم أن الحكم الذي ذكره في الضرب من عدم وقوع الطلاق في هذه الحالة غلط ، بل الصواب وقوعه وذلك لأنه قد سبق تعليق صحيح ووجد المعلق عليه وهو انتفاء الضرب فيوجد المعلق وهو وقع الطلاق ،غير أنه لما لم يكن وقوعه قبيل الموت أوقعناه قبيل الانفساخ ، وقد ذكر الرافعي مثل هذا في ما إذا جن أو انفسخ النكاح ولم يجدد وتقدم نقله عنه في أول الكلام ، وأما قوله؛ لأن الضرب بعد البينونة ممكن فمسلم لم يقع وإذا لم يقع فقد وجد المعلق عليه .

وأما قوله : والطلاق بعد البينونة غير ممكن فليس كذلك ، بل هو ممكن بتجديد نكاح آخر ، وقد صرح هو به قبل ذلك وتقدم نقله عنه أيضًا ثم نقول للرافعي : لولا أنه ممكن لكان يلزم أن يقع الطلاق بمجرد البينونة وليس كذلك ، ويدل أيضًا على ما ذكرناه من كون الحكم المذكور غلطًا أن الرافعي ذكر بعده عكسه فقال عقبه من غير فصل : وإذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال كعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ، لكن ينبغي أن يبقى من الطلاق عدد يمكن فرضه مستندًا إلى ما قبل الطلاق، فأما في التعليق بنفى التطليق فإنما تفرض البينونة بالانفساخ؛ لأنه

لو طلقها بطلت الصفة المعلق عليها، ويمكن أن يفرض في طلاق الوكيل فإنه لا يفوت الصفة هذا كلامه ، وأراد بقوله فعروض الطلاق أى البائن، وأما الرجعي فلا يأس معه ، وأشار بقوله : لكن ينبغي إلى آخره إلى أن الطلاق ؛ وإن كان كالفسخ لكن الفسخ لا شرط له ،وأما الطلاق أي المنجز فيشترط فيه أن يكون ناقصًا عن الثلاث حتي يمكن إيقاع طلاق آخر قبيله، وحينئذ فيقع الطلاق المعلق بالضرب لكنه يشترط أن يكون المعلق رجعيًا كما تقدم فاستحضره، أما إذا أوقع الثلاث فلا يمكن إيقاع شيء آخر قبله وحينئذ فلا يقع المعلق وهذا الذي قاله الرافعي كله صريح في أنه إذا أبانها بالطلاق واستمرت البينونة إلى الموت يقع الطلاق المعلق بالضرب قبيل هذا الطلاق ولهذا شرط فيه أن يكون المنجز ناقصًا عن الثلاث ، فإنه لو لم يقع شيء والحالة هذه لكان الحال لا يفترق بين أن يكون ثلاثًا أو أقل وأشار بقوله فأما في التعليق يبقي التطليق إلا أن التعليق بنفى الضرب يحصل اليأس فيه بالفسخ والطلاق فلهذا قلنا : إن عروض الطلاق كعروض الفسخ بخلاف التعليق بنفي التطليق فإن الطلاق ليس كالفسخ فإنه إذا طلق لا يقع شيء آخر، لأنه لم يوجد المعلق عليه وهو انتفاء الطلاق هذا معني كلامه وحاصله أنه إذا علق بنفي الضرب ثم طلقها ولم يجدد إلى الموت ارتفع المعلق، وحينئذ فيلزم بالضرورة أن تكون البينونة بالفسخ مثله أيضًا وأن يكون الرافعي ساق هذا الكلام لذلك فإنه سوى بين الطلاق والفسخ، وبالجملة فقد صرح الغزالي بالمسألة التي ذكرها الرافعي ، وهي مسألة الانفساخ وأتى بها على الصواب وجزم بالوقوع فقال في « البسيط »: الصورة الثالثة : طرءان الانفساخ على النكاح ، أو طرءان الفسخ وذلك لا يحصل اليأس من تطليقها فإنه يتصور أن ينكحها وينشأ طلاقًا والذي يرى أن الصفة لا يختص وجودها بالنكاح ، ولذلك قلنا: ينحل اليمين بوجود الصفة في حالة البينونة خلافًا للإصطخري ، ثم قال ما نصه : ولنفرض

الكلام في ما إذا قال إن لم أضـربك ليكون أظهر ، فالضرب غير مـيئوس عنه فـيتوقف فـإن ضربهـا بعد ذلك فـهو المُنى، وإن مـات أحدهمـا قبل الضرب، فقد تحقق الحلف ولكن صادف وقت اليأس حالة لا يمكن الإيقاع قبلها فعند هذا يتعين الاستناد إلى مـا قبل الإنفساخ [ويكون الانفساخ] (١) مع الموت عليه . هذا لفظه بحروفه .

واعلم أن ما قـاله من أن التعليق بنفى التطليق إنمـا تفرض البينونة فـيه بالإنفـساخ أو بطلاق الوكـيل ، ليس كمـا ادعاه من أنه لا يتـصور إلا بما ذكره، بل يتصور في صورة أخرى وهي ما إذا قال للرجعية: إن لم أطلقك فأنت طالق ثم لم يطلقـها حتى إنقـضت العدة ، فإن البينونة قـد عرضت بغير الفسخ أيضًا .

وقوله في أصل المسـألة : الطلاق يقع عند اليأس قـبيل الموت والجنون غـير مـحرر ، بل الصـواب أن يقال يقـع الطلاق عند العجـز، وقد نبـه الماوردي في « الحاوي » على هذا فـقال : يقع الطلاق إذا ضاق عـمره عن قوله : أنت طـالق ، وذكر الروياني نحـوه في « البـحر» فقـال : يقع في أخر جزء من حياة الميت وهو الزمن الذي لا يسع إيقاع حروف الطلاق.

قوله في « الروضة » : إنْ الشرطية هي بكسر الهمزة فإن فتحت صارت للتعليل، فـإذا قال أنت طالقَ أن لم أطلقك بفتح الهمـزة طلقت في الحال ، ثم الذي قاله الشيخ أبو حامد والإمام والغزالي والبغوي أن هذا في حق من يعرف اللغة ويفرق بين إن وأن فإن لم يعرف فهو للتعليق .

وقال القاضي أبو الطيب : يحكم بوقوع الطلاق في الحال إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغـة ولا يميز وقال : قـصدت التعليق فيـصدق، وهذا أشبه وإلى ترجيحه ذهب ابن الصباغ ، وبه قطع المتولى، قلت : الأول أصح وبه قطع الأكثرون ، والله أعلم .

(١) سقط من جـ .

فيه أمران :

أحدهما : أن ما ذكره هاهنا من زوائده والخبير قد خالفه قبل ذلك في آخر الباب الرابع فذكر أن الطلاق يقع من الجاهل والخبير فقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه .

الأمر الثاني : أن ما ادعاه من قطع صاحب « التتمة » به غلط لم يذكره الرافعي ، بل عبر بقوله وهو المذكور في « التتمة » ، وقد صرح صاحب «التتمة » والخبير ـ لخلاف ، فإنه عبر أولاً بقوله: قال عامة أصحابنا: تطلق في الحال إلا أنه لو لم يكن من أهل العلم بالإعراب وادعى أني أردت الشرط فيقبل قوله ،ثم قال ما نصه : ومن أصحابنا من قال : هذا حكمه في حق من يعرف اللغة فأما إن كان لا يعرف اللغة فيكون تعليقًا ؛ لأن ظاهر حاله يدل على أنه أراد الشرط هذه عبارته.

واعلم أن الروياني في « البحر » قد رجح ما قاله القاضي أبو الطيب فقال: إنه الأولى ، ونقل عن القفال ما يقتضيه واستدل عليه بوجوب حمل اللفظ على مقتضاه إلا أن يصرفه عن مقتضاه ببيان مراده وقد تقدم من كلام « التتمة » أن عامة الأصحاب عليه ، ولم يذكر الشاشي في « الحلية » غيره .

قوله : ولو قال : أنت طالق طالقًا قال الشيخ أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، لكن إذا طلقها وقع طلقتان والتقدير إذا صرت مطلقة فأنت طالق ، وهذا في المدخول بها . انتهى .

وتخصيص هذا المدخول به قد تبعه عليه في « الروضة » وهو يقتضي أن غير المدخول بها لا يقع عليها إلا واحدة ،لكن الصحيح المذكور في باب تعدد الطلاق أنه إذا قال لغير المدخول بها :أنت طالق طلقة معها طلقة وقعت طلقتان وقياسه هنا كذلك .

قوله نقلاً عن البوشنجي : إنه لو قال: أنت طالق إن لم أضربك أو إن لم أضربك فأنت طالق ، وقال :عنيت به وقتًا معينًا دين سواء عين الساعة أو وقتًا آخر قريبًا منه أم بعيدًا وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفي الطلاق وسائر الأفعال . انتهى كلامه .

تابعه في « الروضة » على هذا الفرع ولم يصرح بنقله عن البوشنجي وهو إما تحرف أو غلط ؛ لأن التديين هو العمل به باطنًا لا ظاهرًا أو كلمة إن لا تقتضي الفور ولا يحكم بالوقوع في التعليق المذكور وأمثاله إلا في آخر العمر فأي وقت ادعى أنه أراده قريبًا كان أو بعيدًا رجعنا إليه فيه باطنًا وظاهرًا إلا أنه قد غلط على نفسه ، وإنما يكون التديين إذا ادعى أمرًا هو أخف مما يلزمه به .

قوله : ولو قال : أنت طالق طالقًا أي بالنصب ، قال الشيخ أبو عاصم : لا يقع في الحال شيء ، لكن إذا طلقها وقع طلقتان ، والتقدير إذا صرت مطلقة فأنت طالق وهذا في المدخول بها . انتهى .

وما ذكره من تقييد وقوع الطلقتين بالمدخول بها قد تبعه عليه في «الروضة » أيضًا وهو وجه ضعيف ، فقد ذكر الرافعي في باب تعدد الطلاق أنه إذا قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة معها طلقة وقع طلقتان وهل تقعان معًا بتمام الكلام أو متعاقبين؟ وجهان : أصحهما: الأول، فإن قال ذلك لغير المدخول بها طلقت على الأول طلقتين ، وعلى الثاني طلقة. هذا لفظه ولا شك أن ما ذكره الرافعي في هذا الباب قد التبس عليه بفرع آخر شرط الأصحاب فيه هذا الشرط ولكن أضربت عنه لطوله ، وقد تقدم في الباب الثالث ذكر هذه المسألة لمعنى آخر فراجعه .

قوله : ولو قال : أنت طالق ، فطالق إن دخلت الدارطالقًا فهذا تعليق طلقتين بدخولها الدار طالقًا ، فإن دخلت طالقًا وقعت طلقتان بالتعليق . انتهى .

وما ذكره صريح في أن الشرط المتعقب للحمل يعود إلى الجميع ، وفيه كلام سبق في مواضع منها: باب عدد الطلاق فراجعه ، ومنها: كتاب الوقف وغير ذلك .

قوله : ولو قال أنت طالق إن لم أضربك : أو إن لم أضربك فأنت طالق ، وقال : أردت وقتًا ، دُيِّن ، سواء عَيَّن الساعة أو وقتًا قريبًا أو بعيدًا وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفى الطلاق وسائر الأعمال . انتهى كلامه.

وما ذكره من كونه يُدَيَّنُ في هذه المسائل حتي لا يقبل في الظاهر قد تابعه عليه في « الروضة » وهو غريب ،فقد تقدم قبل ذلك بنحو ورقة أن التعليق على نفي الفعل بصيغة أن لا تقتضي الفور على الصحيح كقوله إن لم أضربك أو لم أطلقك أو لم تدخلي .

الفصل الثالث
في التعليق بالولادة والحمل

قوله : ولو قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق ،فإن كان الحمل بها ظاهرًا وقع في الحال وإلا فلا يحكم بوقوع الطلاق مع الشك، ثم ينظر إن ولدت لدون ستة أشهر من التعليق تبينا وقوع الطلاق وكونها حاملاً حينئذ لأنه لا يمكن أن يأتي به كاملاً لأقل من ذلك . انتهى .

وما ذكره من الحكم بوقوع الطلاق إذا أتت به لدون ستة أشهر قد نازع فيه ابن الرفعة وقال : إن كمال الولد ونفخ الروح فيه يكون بعد أربعة أشهر كما شهد به الخبر ، وحينئذ فإذا أتت به لخمسة أشهر مثلاً احتمل العلوق به بعد اليمين ، قال : والستة أشهر معتبرة لحياة الولد غالبًا .

قوله : بعد ذلك: وإن ولدته لستة أشهر فأكثر لابد فيه من زيادة لحظة على الستة الا شهر كما سيأتي في العدد أنه لابد من مراعاة لحظتين لحظة الوطء ولحظة للوضع قوله : فرع: قال : إن أحبلتك فأنت طالق وكانت حاملاً لم تطلق ، بل يقتضي ذلك حملاً حادثًا منه [فإن وضعت أو كانت حائلاً لم يمنع من الوطء](١) فإذا وطئها منع حتى تحيض . انتهى كلامه .

فيه أمران : تابعه عليهما في « الروضة » :

أحدهما : أن ما ذكره في آخر كلامه من المنع من الوطء ليس على جهة الإيجاب على الصحيح كما تقدم إيضاحه في كلامه قريبًا فلتتفطن له.

الأمر الثاني : أن كلامه يوهم زوال المنع بالكلية بالحيض وليس كذلك فينبغي أن يقول: وكلما وطئها مرة منع حتى تحيض ؛لأن العلة في المنع الأول موجودة في ما بعده فتأمله .

(١) سقط من أ .

قوله : فرع : نص في « الإملاء » على أنه لو قال لامرأته : إن كنت حاملاً فأنت طالق على مائة دينار ، وهي حامل في غالب الظن طلقت إذا أعطته المائة وله عليها مهر المثل ، ووجه فساد المسمى أن الحمل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال فأشبه إذا جعله عوضًا . انتهى كلامه .

وما جزم به من حصول الطلاق بالإعطاء قد جزم بخلافه في الباب الرابع من الخلع فذكر أنه يشترط القبول وأن يكون متصلاً ، وقد تقدم هناك الإحالة على هذا الموضع لغرض آخر فراجعه .

ولا يخفى أيضًا ما في هذه المسألة من إشكال القول بالفساد وضعف التعليل .

قوله في « الروضة » : ولو قال : كلما ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ثلاثة طلقت بالأولين طلقتين وانقضت عدتها بالثالث ولا تطلق به شيئًا آخر على المنصوص في « الأم » وعامة كتب الشافعي .

وقال في « الإملاء » : يقع بالثالث طلقة فقيل قولان ، والصحيح عند المعتبرين القطع بما نص عليه في « الأم » . انتهى ملخصًا .

وما ذكره هنا في كيفية الخلاف قد خالفه في « المنهاج » فإنه عبر بقوله: ولا يقع به ثالثة على الصحيح . هذا لفظه ،فجزم بطريقة الخلاف وجعله وجهين أيضًا ، وعبر في « المحرر » بالأصح ، إلا أنك قد عرفت غير مرة أنه لا اصطلاح له فيه .

[الفصل الرابع

في التعليق بالحيض] (١)

قوله : فرع : قال لأربع نسوة كلما ولدت ثنتان منكن فالآخريان طالقتان فولدت مرتبًا لم تطلق واحدة بولادة الأولى ، فإذا ولدت الثانية

---

(١) سقط من جـ .

طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة ولا يقع على الأوليين شيء، فإذا ولدت الثالثة فالصحيح أنها لا تضم إلى الثانية ولا يقع بولادتها شيء ، فإذا ولدت الرابعة طلقت الأوليان طلقة طلقة على قول ابن الحداد وتعتدان أن بالأقراء وتنقضي عدة الآخرين بولادتهما ، وعلى قول ابن القاص لا تطلق الأوليان بولادة الآخرين . انتهى .

وما ذكره من اختلاف ابن الحداد وابن الصباغ إنما جرى في الصورة السابقة مثل هذه المسألة لأجل ذكر الزوج لفظ الصاحبة، وليس هنا لفظ الصاحب ، بل فيه الأوليان والأخريان وهو صادق مع البينونة فضلاً عن الرجعيات ، ثم يلزمه إن سلك ذلك في المسألة قبلها ويخرجها على الخلاف بين ابن الحداد وابن القاص وأن لا تقع على الأولى ثلاث ولا على الثانية والثالثة ، والصواب تصوير المسألة بما إذا قال :كلما ولدت واحدة منكن فصاحبتاها طالقتان ، وقد نقل عن « شرح الفروع » للشيخ أبى على السنجي أنه صورها بذلك .

قوله : إذا قال لامرأته : إذا حضت حيضة أو إن حضت حيضة فأنت طالق لا يقع الطلاق حتى تحيض وتطهر، وحينئذ فيقع سنيًا ولو قال: إن حضت فأنت طالق طلقت بالشروع في الحيض ، وقيل: لا تطلق حتى يمضي يوم وليلة ، فيحنئذ نتبين وقوعه من حين رأيت الدم ، وهذا هو الراجح عند الإمام والغزالي ، قال الإمام : وعلى هذا هل يحرم الاستمتاع بها ناجزًا حكمه كما لو قال : إن كنت حائلاً فأنت طالق وقد سبق . انتهى ملخصًا .

فيه أمران :

أحدهما : أن تعبيره في أول كلامه بقوله وحينئذ فيقع سنيًا هو بسين مضمومة ثم نون ومعناه أنه يقع سنيًا لا بدعيًا فاعلمه ، فإنها قد تنحرف

على الناظر فيعبر عنها بقوله تبينا بالتاء بنقطتين من فوق ثم بالباء الموحدة ، وقد وقع ذلك لابن الرفعة في « الكفاية » فنقله عن الرافعي ، ثم اعترض عليه بأن الطلاق لا يقع من حين رؤية الدم فكيف يقال بالتبين؟ وهو اعتراض فاسد كما ظهر لك مما ذكرناه ، وقد نبهت على ذلك أيضًا في كتابنا المسمى « بالهداية إلى أوهام الكفاية » وأوضحته فيه فراجعه .

الأمر الثاني : أنه إذا علق طلاق امرأته على الحيال أي الخلو من الحمل فقال : إن كنت حائلاً فأنت طالق فإنه يحرم الإستمتاع بها قبل ظهور الأمر على الصحيح بخلاف ما لو علق على الحمل فإن الصحيح عدم التحريم ، والفرق واضح ، وإذا علمت ذلك فالذي نقله في آخر كلامه عن الإمام إنما هو الحامل بالميم ؛ لأن الأصل عدم الحيض كما أن الأصل عدم الحمل والحيال هو نظير الطهر .

قوله : لو قال لامرأتيه : إذا حضتما حيضة فأنتما طالقتان فثلاثة أوجه : أصحهما : يكفي قوله حيضة فإذا ابتدأهما الدم طلقتا ، والثاني: إذا تمت الحيضتان طلقتا وهذا احتمال رآه الإمام ، والثالث : أنه يلغو ولا تطلقان وإن حاضتا ، ويجرى الخلاف في ما إذا قال : إن ولدتما ولدًا .

قال الحناطي : فإن قال : إن ولدتما ولدًا واحدًا فأنتما طالقان فإنه محال ولا يقع الطلاق ، وعلى الوجه الذي يوقع بالتعليق على المحال يقع هنا في الحال وإن لم تلدا . انتهى كلامه .

وما ذكره القاضي من تصحيح إلغاء الحيضة وتعلق الطلاق بمجرد رؤيتهما الدم مخالف للقواعد فإنا إن نظرنا إلى التقييد بالحيضة ، وأن اشتراكهما فيها محال لزم تصحيح عدم الوقوع ، وإن نظرنا إلى المعنى وهو تمام الحيضة من كل واحدة لزم توقف الوقوع على تمامها، فالتصحيح الخارج عن كل منهما مشكل، ثم إنه ذكر أن الخلاف أيضًا جار في الولادة وأنه إذا صرح فيه بالوحدة كان محالاً حتى لا يقع على الصحيح، وهذا

بعينه يجرى في الحيضة؛ لأن الحيضة للمرة الواحدة كقوله ولدًا واحدًا .

قوله : وإذا قـالت : حضت فأنكر الزوج صـدقت بيمينها لأنهـا أعرف بحيضـها ويتعذر إقامـة البينة عليه فإن الدم وإن شـوهد لا يعرف أنه حيض بل يجوز أن يكون استحاضة . انتهى كلامه .

وهذه المسألة ـ أعني الكلام في أنه هل يمكن إقامة البينة على الحيض أم لا ـ ذكـرها الرافعي في أبـواب : أحدها : هذا ، وثانيـهـا : في كتـاب الديات في ثلاث مواضع منه ، وثالثها في كتاب الشهادات واختلف كلامه فيها وكذلك كلام « الروضة » وقد أوضحت ذلك في الشهادات فلتراجع .

قوله : وذكر إسماعيل البوشنجـي أنه لو قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق وعادتها ستة أيام مثـلاً فإذا مضى ثلاثة أيام يقضي بوقوع الطلاق على ما يقتضيه ظاهر اللفظ . انتهى كلامه بحروفه .

وتعـبيـره بقولـه : إذا حضت حـيضـة هو الواقع في نسخ الرافـعي، وصوابه نصف حيضة ،وقد تفطن لذلك في « الروضة » فزاد هذه اللفظة، ونقل ابن الرفعة كلام الرافعي ثم اعترض عليه .

الفصل الخامس
في التعليق بالمشيئة

قوله : ولو قال : امرأتي طالق إذا شاء زيد، لم يشترط الفور بالاتفاق . انتهى .

لكن ذكر في « الحاوي » عند الكلام على ما إذا قال : أنت طالق لفلان أو لرضى فلان أنه إذا قال : إن رضى زيد فأنت طالق يشترط رضاه على الفور .

قوله : أما لو علق بمشيئتها وهي صبية لا تميز أو مجنونة أو بمشيئة غيرها وهو بهذه الصفة لم يقع بلا خلاف . انتهى .

وما ادعاه من نفي الخلاف ليس كذلك، فقد نقل في « الإبانة » عن القفال أنه قال بصحة المشيئة من المجنونة والصغيرة .

قوله : وإذا علق الطلاق على مشيئتها فقالت: شئت وهي كارهة بقلبها وقع الطلاق في الظاهر ، وهل يقع باطنًا ؟ قال أبو يعقوب : لا يقع، وإليه مال القاضي الحسين .

وقال القفال : يقع ، وقال البغوي : إنه المذهب ؛لأن التعليق في الحقيقة على لفظ المشيئة . انتهى .

والأصح هو الوقوع فقد صححه الرافعي في « المحرر » وعبر بالأظهر ونقله عنه في « الروضة » وسكت عليه ، لكن ذكر الرافعي في أوائل كتاب الإقرار ما يشكل على الوقوع ، ويقتضي أنه لا يقع فراجعه .

قوله : ذكر البغوي أنه لو قال :أنت طالق كيف شئت، قال أبو زيد والقفال: تطلق شاءت أم لم تشأ .

وقال الشيخ أبو علي : لا تطلق حتى توجد مشيئة في المجلس إما بالطلاق وإما بعدمه .

قال البغوي : وكذا الحكم إذا قال، على أي وجه شئت . انتهى .

وهذه المسألة قد أعادها الرافعي في أواخر كتاب العتق قبيل الولاء بنحو أربعة أوراق واقتضى نقله رجحان اشتراط المشيئة فراجعه هناك .

قوله : ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك أو فلان واحدة فشاء واحدة فثلاثة أوجه : أصحها :لا يقع شيء كما لو قال: أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار فدخل وعلى هذا لو شاء اثنين أو ثلاثًا لم يقع أيضًا شيء لأنه شاء واحدة وزاده .

والثاني : أنه إذا شاء واحدة وقعت فكأنه قيل إلا أن يشاء واحدة فتطلقي تلك الواحدة لا الثلاث .

والثالث : يقع طلقتان ، والتقدير إلا أن يشاء أبوك واحدة فلا تقع الواحدة وتقع ما سواها ، فإذا قلنا بالأول فقال: أردت المراد بالثاني قبل ،وإن قلنا بالثاني فقال: أردت معني الأول قبل أيضًا في أظهر الوجهين حتى لا يقع به شيء ، ثم قال : ولو قال : أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك ثلاثة ، فإن شاء ثلاثًا لم يقع شيء جوابًا على الوجه الأول ، وهو الصحيح فإن لم يشأ شيئًا أو شاء واحدة أو اثنتين وقعت واحدة . انتهى كلامه .

وقد سكت في المسألة الأخيرة عن التفريع على ما عدا الأول .

قال ابن الرفعة في « الكفاية » : يظهر أنها على الوجه الثالث تطلق ثلاثًا ، وعلى الثاني أن يكون الحكم مثل الأول، وخالف في «المطلب» فقال : قياس الأوجه الثلاث عدم الطلاق .

قوله : لو قال : أنت طالق لولا أبوك لم تطلق ، وفيه وجه ضعيف حكاه المتولى ، ثم قال : ولو قال : أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، قال الأصحاب: لا تطلق ؛لأنه أخبر بأنه لولا حرمة أبيها لطلقها ، وأكد هذا الخبر بالحلف بطلاقها كقوله : والله لولا أبوك لطلقتك ، قال المتولى : وإنما لا تطلق إذا كان صادقًا في خبره . انتهى كلامه .

وهذا الكلام في ظاهره مشكل فإنه جعل أنت طالق حلفًا بمثابة قول القائل : الطلاق يلزمني ، وقوله : والله وهذا شيء غير معهود وجوابه يتضح بما ذكره الرافعي بعد هذا بنحو ستة أوراق ، فإنه نقل عن المتولى أن عادة البغداديين أن يجعلوا هذه اللفظة محلوفًا بها كما يحلف الحالف بقوله: والله ونحوه ، ومعنى الكلام إن فعلت فأنت طالق .

إذا تقرر هذا فالرافعي أخذ هذه المسألة من المتولى وهو رجل بغدادي فجرى على قاعدة البغداديين ، وكان ينبغي للرافعي أن يذكر المسألة الثانية أولاً ثم يفرع عليها تلك .

قوله : قال : أنت طالق إلا أن أشاء أو يبدو لي ، قال البغوي : يقع في الحال ؛ لأنه ليس بتعليق ، بل أوقع الطلاق وأراد رفعه إذا بدا له ويمكن أن يقال هو كما لو قال : إلا أن يشاء فلان أو يشاء الله . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : [قال ابن الرفعة] (١) : إن ما ذكره احتمالاً هو ما نص عليه الشافعي كما حكى عنه في « الإشراف » أنه لو قال : لفلان على ألف إلا أن يبدو لي فهو استثناء صحيح وهو ما حكاه في « التتمة » فيما إذا قال : إلا أن أشاء أنا ، وخالف أبو الطيب النص ولم يصحح

(١) سقط من ب .

الاستثناء.

قال صاحب « الإشراف » : كـل قول في عـقد إيجـاب أو إقرار إذا عقب بالاستثناء أو التخصيص أو بقوله إلا أن يبدو لي أمر فيه هذه المعاني، إلا إذا قال : يا زانيـة أنت طالق إن شاء الله فإنه قـاذف ولا طلاق ، وما نقله عن «التهذيب » موافق لأحد الاحتمالين لصاحب « التقريب » فيما إذا قال الناذر : لله على كـذا إلا أن يبدو لى كما حكاه الإمـام عنه في كتاب الاعتكاف وفيما إذا قال: إلا أن يشاء زيد .

الثاني : أنه قد جزم بعده بأسطر بما يخالفه فقال نقلا عن البوشنجي من غير مـخالفة له ولو قال أنت طالق إلا أن يرى فـلان غير ذلك ، أو إلا أن يشاء أو يريد غـير ذلك ، أو إلا أن يبدو لفلان غيـر ذلك فلا يقع الطلاق في الحال ، بل يقف الأمـر على ما أن يبدوا من فلان ولا يخـتص ما يبدو منه بالمجلس، ولو مات فـلان وفات ما جعله مانعًـا من الوقوع تبين وقوع الطلاق قبيل موته. هذا كلامه ، إلا أنه أولاً جعل البداء راجعًا إليه وجعله ثانيًا راجعًا إلى فلان .

وقد جزم النووي بالموضع المذكور ثانيا ولـم ينقله عن البوشنجي ، وأما الأول فنقله عن «التهذيب» إلا أنه لم يذكر البـحث الذي أشار إليه الرافعي فصار أشـد في الاختلاف، والسبب في وقوع مـثل هذا للرافعي أنه يلحق أشياء بكتابه ظنا منه أنها لم تتقدم مع كونها قد تقدمت بالعكس.

قوله:فرع : ذكر البوشنجي أنه لو قـال : إن لـم يشأ فلان فقال فلان : لم أشأ وقع الطلاق ، وكـذا لو قال : إن لـم يشأ فـلان طلاقك اليوم فقـال فلان في اليـوم : لا أشـاء وقع الطلاق وقـيـاس التـعلـيق بنفي الدخـول وسـائر الصفات أن يقـال: إنه وإن لـم يشأ في الحال فقد يشـاء بعد، فلا يقع الطلاق

إلا إذا حصل اليأس، وفات المشيئة، [وفي صورة التقييد باليوم، لا يقع الطلاق إلا إذا مضى اليوم خاليا عن المشيئة،] [(١)] ويجوز أن يوجه ما ذكره البوشنجي بأن كلام المعلق محمول على تلفظه بعدم المشيئة فإذا قال: لم أشأ، فقد تحقق الوصف، انتهى كلامه .

ذكر مثله في «الروضة» وفيه كلام متوقف على مقدمة ذكرها في آخر باب الاستثناء في الطلاق فقال : لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد فالصحيح أن معناه إلا أن يشاء الوقوع ، كما إذا قال: إن شاء زيد فإن معناه أيضا أن يشاء الوقوع، وقيل: إن معناه إلا أن يشاء عدم الوقوع فعلى الأول يقع الطلاق إذا لم يشأ زيد شيئا أصلا أو يشاء عدم وقوعه ولا يقع إذا شاء الوقوع، قال: والحاصل أن الطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق لا بمشيئة عدم الطلاق، والمعنى الثاني أخص من الأول ومسألتنا فرد من أفرادها ، لأن قوله: إن لم يشأ زيد يكون معناه إن لم يشأ الوقوع وذلك إما بأن لا يشاء شيئا أصلا أو بأن يشاء عدم وقوعه وهو كالأول سواء.

إذا علمت ذلك ففي ما نقله الرافعي في هذا الباب عن البوشنجي وأقره هو والنووي عليه فيه أمور :

أحدها: أن حاصل كلامه أولا وآخرا أنه محمول على التلفظ بعدم المشيئة وهو مخالف للصواب المجزوم به هناك .

الأمر الثاني: أن تعبيره بقوله فقال فلان : لم أشأ وقع الطلاق صريح في وقوع الطلاق إذا اقتصر فلان على قوله : لم أشأ وهذا يخالف كلا من الوجهين المذكورين في أن الذي شاءه هل هو الوقوع أو عدمه ، وفي كلام الرافعي في هذا الفصل مواضع مذكورة قبل هذه المسألة توهم أيضا ما اقتضاه كلامه هنا إلا أن في بعضه تصريحا بالمقصود.

---

(١) سقط من جـ .

الأمر الثالث: أنه سوى بين لم ولا فعبر تارة بقوله لم أشأ وتارة بقوله لا أشاء وبينهما فرق ظاهر ، فـإن لم فيما مضى ، وأما لا فإنها إمـا للمستقبل أو محتملة له وللحال على خلاف للنحاة.

الفصل السادس: في مسائل الدور

قوله: وإذا قال لامرأته: إذا طلقتك أو مهما أو متى فأنت طالق قبله ثلاثًا ثم طلقها ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يقع عليها شيء وهو المشهور عن ابن سريج وإليه ذهب ابن الحداد والقفال الشاشي والقفال المروزي، والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، والشيخ أبو علي والشيخ أبو إسحاق الشيرازي والروياني، وأجاب به المزني في «المنثور» وحكاه صاحب «الإيضاح» عن نص الشافعي.

والثاني: يقع المنجز ولا يقع المعلق؛ لأنه جعل الجزاء سابقًا على الشرط حيث قال: فأنت طالق قبله ثلاثًا والجزاء لا يتقدم على الشرط فيلغو التعليق ولأن الطلاق تصرف شرعي والزوج أهل له وهي محل فبعد أن ينسد عليه باب التصرف، وهذا ما اختاره صاحب «التلخيص» والشيخ أبو زيد وابن الصباغ وصاحب «التتمة» والشريف ناصر العمري واختاره الغزالي بعد أن كان يختار الأول وصنف على كل اختيار تصنيفاً ويشبه أن تكون الفتوى به أولى.

والثالث: وهو اختيار أبي بكر الإسماعيلي وختنه وهو أبو عبد الله المشهور بالختن أنه يقع ثلاث طلقات، وله تنزيلان:

أظهرهما: تقع المطلقة المنجزة وطلقتان من الثلاث المعلقة.

والثاني: تقع الثلاث المعلقة ولا تقع المنجزة ويجعل كأنه قال: متى تلفظت بأنك طالق فأنت طالق قبله ثلاثًا، انتهى ملخصًا.

فيه أمور:

أحدها: أن ما نقله عن ابن الصباغ من اختيار وقوع المنجز خاصة قد تبعه عليه في «الروضة» وهو غلط فإن الذي اختاره إنما هو وقوع الثلاث

المطلقة المنجزة وطلقتين من الثلاثة المعلقة كذا صرح به في الشامل، إلا أنه ذكره في فصل يلي الفصل المعقود للمسألة فرجح في الفصل الأول وقوع المنجز، ثم ذكر في أول الفصل الذي يليه أنه يقع مع المنجز طلقتان أخريان وهو التنزيل الأول على الوجه الثالث كما سبق، وتفريق الحكم في الفصلين هو الذي أوقع الرافعي في الوهم، وذكر ابن الصباغ بعد هذا فرعًا مبنيًا على المسألة فقال: ويترتب على هذه المسألة مسألة جاءت من عمان وهي بلاد شرقي اليمن بساحل البحر أن رجلاً حلف بالطلاق الثلاث أنه يحج في هذه السنة فأفتاه بعض من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق بالكلية بأن يقول لامرأته إن حنثت في يميني فأنت طالق قبل ذلك ثلاثًا فإذا قال ذلك ولم يحج لم يطلق، وامتنع منهم قوم وفرقوا بأن هذا قد انعقدت يمينه على الحج فلا يملك حلها، وأما تلك المسألة فإنه علق بها ما يحلها قبل أن يعقدها قال: وأجاب القاضي أبو الطيب بحل اليمين.

الأمر الثاني: أن ما أشار إليه الرافعي من رجحان وقوع المنجز قد ذكر في «الشرح الصغير» مثله أيضًا.

وقال في «المحرر»: أنه أولى الوجوه، وهذا الترجيح الذي ذكره في هذه الكتب مخالف للنص كما تقدم، ولكلام الأكثرين كما دل عليه كلامه، وتعداده للقائلين بكل منهما، وقد صرح الإمام بذلك فقال: ذهب معظم الأصحاب إلى أنه لا يقع شيء بالكلية، وكذلك الكيا الهراسي، وصنف في ذلك تصنيفًا إلا أنه صحح فيه وقوع المنجز وطلقتين من المعلق، ونقل في «البحر» عن القاضي أبي الطيب أن الشافعي نص في «المنثور» عليه ـ أي: على عدم الوقوع ـ فكيف شرع الفتوى بما يخالف نص الإمام وكلام الأكثرين، وقد صححه أيضا الغزالي في «الوسيط» في آخر الفصل فقال: إنه الصحيح وكذلك صاحب «الذخائر» وصنف فيه تصنيفًا واقتصر عليه أبو حاتم القزويني في كتاب «الحيل» وصححه أيضًا الشاشي في «المعتمد»

وكذلك ابن الخل شارح « التنبيه» وكان يفتي به ببغداد كما نقله عنه ابن خلكان في تاريخه.

الأمر الثالث : أن تعليله عدم وقوع المعلق يكون الجزاء لا يسبق الشرط باطل فإنه قد نص في مسائل على عكسه منها : ما هو مذكور هاهنا فإنه قال في أثناء هذه المسألة : أنه إذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق قبلها طلقتين وهي مدخول بها وطلقها وقعت الطلقتان المعلقتان.

الأمر الرابع: أن تعليله بانسداد باب الطلاق فيه بحثان:

أحدهما: ذكره الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد في مجموع له سماه بـ «اقتناص السوانح » ونقلته من خطه فقال: ذكر بعضهم أنه إذا عكس التعليق فقال: كلما تلفظت بطلاقك فلم يقع عليك فأنت طالق قبله ثلاثًا فإذا طلقها انحل الدور ووقع الطلاق قال: لأن الطلاق القبلي قد صار والحالة هذه معلقًا على النقيضين وهو الوقوع وعدم الوقوع وكلما كان لازمًا للنقيضين فهو واقع ضرورة لاستحالة خلو الواقع عن أحدهما، قال: وقريب منه قولهم في الوكالة كلما عزلتك فأنت وكيلي فنفاذ العزل أن يقول : وكلما عدت وكيلي فأنت معزول ثم يقول: عزلتك .

قلت: ولك أن تجيب بجوابين .

أحدهما: أن الطلاق إنما يقع على تقدير صحة التعليق المتأخر، ولقائل أن يمنع صحته لكونه غير قادر على التنجيز الذي هو فرعه.

الجواب الثاني: سلمنا صحة التعليق الثاني لكن التعليق الأول لا يترتب عليه شيء ؛ لأن التفريع على صحة الدور واستحالة وقوع المعلق فيه وحينئذ فلم يصر الطلاق واقعًا على كل من التقديرين.

واعلم أن المدرك في الطلاق علي تقدير صحة التعليق إنما هو وقوعه على تقدير كل من النقيضين ولهذا يحصل المقصود وهو الطلاق بلا لفظ آخر

على هذا التقدير، والمدرك في الوكالة إنما هو تعارض التعليقين ؛ لأن كل تعليق مطلوبه خلاف مطلوب الآخر بخلاف الطلاق، فلما تعارض اعتضد العزل بالأصل ؛ إذ الأصل الحجر ؛ ولهذا لا يحصل المقصود وهو العزل إلا بلفظ.

البحث الثاني: أن الوقوع بالسراية إما بالنسبة إلى الطلقة أو إلى المرأة المطلقة هل ينسب إلى المطلق أم لا بل السراية تكميل من الشرع ؟ اختلف فيه كلام الرافعي كما سبق إيضاحه في كتاب الخلع، وحينئذ فإذا أضاف الطلاق إلى يدها مثلا وقلنا إنه سراية وأن السراية تكميل من الشرع لم ينسد باب الطلاق ؛ لأن المعلق عليه وقوع طلاقه عليها وفي مثالنا لم يقع عليها بل إنما وقع على بعضها.

قوله: والوجهان الأولان يجريان في المدخول بها وغير المدخول بها جريانًا واحدًا.

وأما الثالث: فموضعه ما إذا كانت المرأة مدخولاً بها وغير المدخول بها لا يتعاقب عليها طلاق. انتهى كلامه.

وما ذكره من أن محلهما في المدخول بها تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وليس كذلك فإن القائل به له تنزيلات كما سبق، وهذه الدعوى من الرافعي صحيحة على التنزيل الأول منه.

وأما على الثاني: فلا، وحينئذ فتجري الأوجه في المدخول بها وغيرها.

نعم: على ذلك التنزيل هل يقع على غير المدخول بها طلقة واحدة أم طلقتان؟

قوله: ولو قال أنت طالق ثلاثًا قبل أن أطلقك واحدة ثم طلقها واحدة فعلى الوجه الأول وهو انحسام باب الطلاق لا يقع شيء بالكلية، وكذا لو طلق ثلاثا أو اثنتين لاشتمال العدد على واحدة، وإذا مات أحدهما حكم

بوقـوع الطلاق قـبيـل الموت كمـا لو قـال: إن لم أطلقك فـأنت طالق، قـاله المتـولي ، وعلى الوجـه الثاني وهو القـائل بوقـوع المنجز يـقع المنجز أيضـًا، انتهى.

وما ذكره هنا قـد تقدم ما يخالفه في آخـر الفصل الأول من هذا الباب وقد سبق ذكره واضحًا فراجعه.

قوله: ومن تصويرات ابن الحداد إذا قال لامرأته متى أعتقت جاريتي هذه وأنت زوجتي فهي حـرة، ثم قال: متى أعتقـتها فأنت طالق قـبل عتقك إياها بثلاثة أيام، ثم أعتـقها قبل مضي ثلاثة أيام فـتعتق الجارية لأنها أعتـقها وهي زوجة له ولا تطلق لأنه أوقع الطلاق قبل العتق بثلاثة أيام ولو أوقعناه كذلك لقدمناه على اللفظ وذلك محـال وإن أمهلت ثلاثة أيام ثم أعتقهـا قبل مضي ثلاثة أيام لـم تعـتق لأنه إنما أذن لها في العـتق بشرط أن تكون زوجـة له، وقد علق الطلاق بثـلاثة قبل العـتق، ولو نفذ العـتق لوقع الطلاق قبله بثـلاثة أيام ولو كان كذلك لم تكن زوجة وإذا لم يحصل العتق لا يقع الطلاق أيضًا لأنه معلق به . انتهى كلامه.

وهذه المسألة يقع فيـها تحريف وفي حكمها وقفة، وقـوله في أولها متى أعتقت هو بتاء مكسورة على أنه خطاب للزوجة فاعلمه، وفي آخر كلامه ما يدل عليـه وإنما نفذنا العـتق منها بهـذا اللفظ الصادر من الزوج وإن كـانت الجارية ملكًا له لا لها لأنه توكيل للمرأة في الإعتاق وهذا حاصل ما تلخص لي من كلام الفروع وكـلام الشارحين لها كالصيدلاني وغيـره والقول بنفوذه منها بهذا اللـفظ مشكل جدًا، نعم : يحتمل أن يكون كـناية لا تصريحا أو يكون من باب المؤاخذة.

قال ـ رحمه الله: القسم الثاني في فروع التعليقات

قوله: وقال أبو حنيـفة وأحمد: التعليق بالطلوع ونحـوه خَلَفَ كالتعليق بالدخول إلا في قوله: إذا حضت، أو إذا طهرت، أو إذا شئت، انتهى.

هكذا وقع في نسخ الرافـعي «شئـت» بمعنى الإرادة، ونقل في «البيـان» نفست عوضًا عنه.

قوله: قـال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقهـا منكما فصـاحبتهـا طالق، قال صاحب «التلخيص»: إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما طلقتا.

قال الشـيخ أبو علي: عرضت قوله عـلى القفال وشـارحى «التلخيص» فصوبوه ، والقياس أن هذه الصيـغة لا تقتضي الفور بل لابد من اليأس بموته أو موتهـا ؛ إذ ليس في عبارته تعـرض للوقت بخلاف قـوله:متى لم أحلف، وتابعـه الإمام، وغيـره على قوله ، واستبـعده صـاحب «التلخيص». انتـهى كلامه.

لم يصحح في «الروضة» شيئًا من ذلك والصحيح مقالة الشيخ أبي علي فقد جزم بها الرافعي بعد هذا بنحو كراس ونصف عقب الكلام على الناسي والمكره، فقال: ولو قال : أيتكن لم أطأها فالأخريان طوالق ولم يقيد بوقت فجميع العمر وقت له.

قوله: والبشارة هي الخبر الأول الصدق انتهى.

ذكر مثله في «الشرح الصغيـر» و«الروضة» ومقتضاه أنه لا فرق في ذلك بين السار والمكروه، وجـزم في«الكفاية» هنا بأنه لابد فـيه من قيـد السرور، قال: لأن الصرف يقـتضي ذلك وإن كانت البشـارة مأخوذة مما يغيـر البشرة سواء كـان بخيـر أو شر، وحكى الماوردي في اشـتراطه وجـهين، ثم قال: والصحيح عندي تفصيل، فإذا قال مـثلا : من بشرني بخبر زيد فينظر حال

الحالف معه فإن كان صديقا له أي لزيد فليس المكروه ببشارة، وإن كان عدواً فهو بشارة، ونقله عنه صاحب «البحر» في كتاب الأيمان، وتابعه عليه وهذا منهما يقتضي أن البشارة يعتبر فيها سرور المخبر بكسر الباء دون المخبر والمتجه عكسه، فإن المسألة لها أربعة أقسام .

إما أن يسرهما معاً .

أو يسوؤهما معًا .

أو يَسُر المُخْبِر دون المُخْبَر .

أو بالعكس .

وسيأتيك في التعليق على ابتداء السلام كلام آخر متعلق بالبشارة فراجعه.

وسكت الماوردي عن قسم ثالث وهو ما إذا لم يكن بينهما صداقة ولا عداوة ويتجه فيه عدم الوقوع.

قوله: وإذا قال : من بشرتني بكذا منكما أو منكن فهي طالق فبشرتا معًا فالمنقول أنهما تطلقان وقد يفهم من قوله من بشرتني منكما استقلال الواحدة بالبشارة وكذلك يصدق أن يقال ما بشرته حفصة ولا عمرة إنما بشرته زينب، ولو قال : من أكلت منكما هذا الرغيف فأكلتاه لم تطلق ـ انتهى كلامه.

فيه أمور :

أحدهما: أن الوقوع في هذه المسألة مشكل لا يوافق القواعد وذلك لأن البشارة كما ذكره الرافعي مختصة بالخبر الأول الصدق الذي لم يكن المبشر عالما بمدلوله فلابد من وجود قيد الأولية ، والمعية ليس فيها أول كما ذكره الرافعي في آخر الفصل الثالث المعقود للحمل والولادة فقال: ولو قال: إن أول ولد تلدينه ذكرًا فأنت طالق واحدة وإن كان أنثى فأنت طالق ثلاثًا

فولدتهما معًا لم يقع شيء ؛ لأنه لا يوصف واحد منها بالأولية ، ولهذا لو أخرج رجل ديناراً للمتسابقين وقال : من جاء منكما أولاً فهو له فجاءا معًا لم يستحقا شيئًا.

قال الشيخ أبو علي: ويحتمل أن يطلق ثلاثاً، ثم قال : وعرضته على الشيخ ـ يعني : القفال ـ فلم يستبعده، انتهى كلامه.

فتلخص أن البشارة لابد فيها من الأولية والأولية منتفية عن المعية فلزم انتفاء البشارة عن المعية وإذا انتفت البشارة لم يقع الطلاق فتلخص أن ما قاله الرافعي هنا لا معول عليه ولا التفات إليه .

الأمر الثاني: أن ما اقتضاه كلامه من الاتفاق على طلاقهما معًا عند مخاطبة المرأتين فقط تبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فقد جزم جماعة بعدم الوقوع وعللوه بأن صيغة من تقتضي التبعيض منهم الماوردي في «الحاوي» والروياني في «البحر» كلاهما في كتاب الأيمان ، وهو صحيح يؤيده ما ذكروه في الوكالة في ما لو قال : بع ما تراه من عبيدي وقد تكلمنا عليه هناك ، وقد حذف النووي من «الروضة» هذه المسألة ـ أعني : وجود البشارة من جميع المعلق عليهم دفعة واحدة عند الإتيان بصيغة من وهي مسألة مهمة.

الأمر الثالث: أن الرافعي قد استدل على ما ادعاه وهو فهم الاستقلال بصحة نفيه عن كل واحدة على انفرادهما ، ثم ذكر أن ما يفهم منه الاستقلال من السرور ما لا أثر له عند الاشتراك بدليل مسألة الرغيف، وهذا الذي ذكره صحيح لا اعتراض عليه من هذا الوجه وإن كان فيه شيء آخر سأذكره بعد هذا .

إذا علمت ذلك فاعلم أن النووي قد فهم كلام الرافعي على غير وجهه فاختصره على ما فهمه منه ثم اعترض عليه فإنه قال : فلو بشرتاه معًا فالمنقول أنهما تطلقان وفيه نظر ، فإنه لو قال: من أكل منكما هذا الرغيف

فهي طالق فأكلتاه لم تطلقا ، قلت: الصواب أنهما تطلقان ، وليس كمسألة الرغيف ؛ لأنه لم تأكله واحدة منهما، وأما البشارة فلفظة من ألفاظ العموم لا تنحصر في واحدة فإذا بشرتاه معًا صدق اسم البشارة من كل واحدة مطلقًا هذه عبارته.

قوله: ولو أرسلت رسولاً لم تطلق ؛ لأن المبشر هو الرسول ذكره البغوي، انتهى.

وما أطلقه من كون المبشر هو الرسول قد تابعه عليه أيضا في «الروضة» وفيه تفصيل ذكره الرافعي قبل كتاب التدبير نقال عن « الزيادات » للعبادي ولابد منه ، فقال : وأنه إذا قال :من بشرني من عبيدي بقدوم زيد فهو حر فبعث بعض عبيده عبدًا آخر ليبشره به فجاء وقال: عبدك فلان يبشرك بقدومه وأرسلني لأخبرك فالمبشر المرسل دون الرسول هذا لفظه، وحاصله التفصيل بين أن يستند إليه أم لا وهو واضح بخلاف ما يوهمه إطلاق المذكور هنا.

قوله : ولو قال :من أخبرني منكما بكذا فهي طالق فلفظ الخبر يقع على الكذب والصدق ولا يختص بالخبر الأول فإذا أخبرتاه صادقتين أو كاذبتين معًا أو على الترتيب طلقتا جميعًا، انتهى .

وما ذكره من وقوع الطلاق عليهما جميعًا مع كونه قد عبر بمن الدالة على التبعيض قد تابعه عليه في «الروضة» أيضًا والقواعد تنفيه لما ذكرناه من الإتيان بمن، وقد سبق في كتاب الوكالة أنه لو قال بع من عبيدي من رأيت لا يجوز له بيع جميعهم بالجملة فقد ذكر الروياني المسألة في كتاب الأيمان من «البحر» فقال: لو قال : من بشرني [بخبر زيد] [١] من عبيدي [فهو حر فبشره جميع عبيده في حالة واحدة لم يعتق واحد منهم ؛ لأنه قال : من بشرني من عبيدي] [٢] فيقتضي التبعيض دون الجميع هذه عبارته.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

قوله: فرع : لو قال : أنت هكذا وأشار بأصابعه الثلاث ففي « فتاوى القفال » أنه لو نوى الطلاق طلقت ثلاثًا والإشارة صريحة في العدد وإن لم ينو أصل الطلاق لم يقع شيء وقال غيره : يحتمل أن لا يجعل هذا كناية ؛ لأن اللفظ لا يشعر بالطلاق بحال. انتهى.

وقوله: ولو قال: إن دخلت وكلمت زيدًا فأنت طالق، طلقت بوجودهما كيف كان، وأشار في «التتمة» إلى وجه في اشتراط تقديم الأول بناء على أن «الواو » تقتضي الترتيب ولو أتى بـ « ثم » أو « الفاء » فيشترط تقديم الأول. انتهى ملخصا .

وما ذكره هنا في « الواو » قد نقل في باب التدبير عن البغوي ما يخالفه وأقره عليه وسوف أذكره هناك فراجعه .

وأما اقتصاره في « الفاء » و« ثم » على اشتراط تقديم الأول فليس بجيد، بل يشترط في الفاء إيصاله بالأول على الأصح كذا صححه الرافعي في باب التدبير وقياسه اشتراط الانفصال في ثم .

قوله: ولو قال : إن دخلت الدار إن كلمت زيدًا فأنت طالق أو قال : أنت طالق إن دخلت إن كلمت، فلابد منهما ويشترط تقديم المذكور آخرًا على المذكور أولاً سواء كان الشرطان متفقين كما ذكرنا أو مختلفين كأن وإذا، ويسمى هذا اعتراض الشرط على الشرط ؛ لأنه جعل الكلام شرطًا لتعليق الطلاق بالدخول والتعليق يقبل التعليق ومنه قوله تعالى: ﴿ولا ينفعكم نصحي﴾ [وفي فتاوي القفال أنه يشترط تقديم المذكور أولاً وهو غريب] (١) وذكر الغزالي في «الوجيز» نحوه، وهو محمول على سبق القلم، ويدل عليه أنه في «البسيط» جزم بالمعروف، ومال الإمام إلى أنه لا يشترط ترتيب أصلا والظاهر الذي ذكره الجمهور هو الأول حتى إذا دخلت ثم كلمت لا يقع ، قال في «التتمة» : وتنحل اليمين؛ لأنها انعقاد على المرة

(١) سقط من أ.

الأولى . انتهى ملخصًا .

فيه أمور:

أحـــدها: أن ما صحـحه هاهنا من وجوب تقديم الثاني قـد خالفه في كتاب التدبير فذكر مـا يوافق الوجه الثاني ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى وتبعه في «الروضة» على هذا الاختلاف .

الأمـر الثـاني: أن نقله تقـديم الأول عن هذا الكتاب الغريـب فقط ثم استغـرابه له هو الغريب فإنه يقتـضي أنه لم يظفر به لغيـره مع أن الإمام قد جزم به في «الـنهاية» وزاد على ذلك فنقله عن الأصـحاب ثم ذكـر البحث الذي تقدم نقله عنه وهو الاكتفاء بوقوعـهما كيف كان، ونقله أيضًا القاضي الحسين في « تعليقه» ، ثم قال: والعراقيون قالوا بعكسه.

واعـلـم أن ما ذكرناه يعرفك أن ما في «الـوجيز» وقع عن قصد لا عن سبق قلم.

الأمر الثالث: أن مرجع هذه المسألة إلى أهل العربية وقد قال شيخنا في « الارتشـاف » : إن الأصح اشتـراط تقديم الثـاني على وفق ما صـححـه الفـقهاء ؛ لأن ابن مـالك في باب الجـوازم من شرح الكافـية قد جـزم بأن الشرط الثاني في موضع نصب على الحال وهو لا يوافق شـيئًا مما تقدم وقد بسطت المسألة في «الكوكب الدري» فراجعها .

الأمـر الرابع : أن هذا النقل المذكور في آخر المسـألة عن المتولي صحيح ذكره قبيل الرجعة بأوراق قلائل ولكنه غير مستقيم في نفسه ؛ لأن المحلوف عليه في قول القائل مثلاً: إن قمت إن قعـدت، إنما هو قيام سبقه قعود ولم يوجد ذلك، وإنما وجـد خبر المحلوف عليه وهـو القعود ؛لأنا ألغينا القـيام السابق فتكون اليمين باقية حتى إذا وجد بعده قيام آخر حصل الحنث .

قوله: قال لنسوته الأربع : أربعتكن طوالق إلا ثلاثة قال القاضي الحسين والمتولي : لا يصح هذا الاستثناء ؛ لأن الأربع ليست صـيغة عموم، وإنما هي

اسم لعدد معلوم خاص ، فقوله : إلا فلانة رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها ، فهو كقوله : أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك ، ومقتضى هذا التعليل أنه لا يصح الاستثناء من العدد في الإقرار، ومعلوم أنه ليس كذلك، وحكى الإمام عن القاضي أنه لو قال : أربعتكن إلا فلانة طوالق صح الاستثناء، وادعى أن هذا معهود دون ذاك وهذا كلام كما تراه . انتهى كلامه .

وقد تضمن استشكال الفرق بين الصورتين والإشارة إلى التعجب منه حيث قال: كما تراه مع أن الفرق واضح فإن الصورة الثانية وقع فيها الإخراج قبل الحكم فلم يؤد إلى التناقض بخلاف الصورة الأولى فإنه وقع بعد الحكم على أن في المسألة كلامًا للأصوليين ذكرته في ما ألّفناه في علم الأصول .

قوله: ولو قيل له على وجه الإنشاء :أطلقت امرأتك ؟ فقال: نعم، فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه قولان : قال الأئمة: وهما مبنيان على أنه لو قال الولي : زوجتك ابنتي فقال : قبلت ولم يقل نكاحها هل يصح ؟ وقضية هذا البناء ترجيح قول الكناية ، لكن ابن الصباغ والروياني رجحوا كونه صريحًا ومنهم من لا يذكر غيره . انتهى ملخصا.

والصحيح أنه صريح كذا صححه الرافعي في «المحرر» و«الشرح الصغير» وعبر فيهما بالأظهر وجعل الخلاف وجهين .

قوله : فرع : إذا قيل له أطلقت [زوجتك؟ فقال : قد كان بعض ذلك] (١)ولم يفسر بشيء قال في «التتمة» إذا كان السؤال عن ثلاث لزمه الطلاق وإن كان عن واحدة لم يلزمه شيء لأن الطلقة لا بعض لها، والأصل أن [لا طلاق] (٢) في واحد من الطرفين، وفي هذا توقف لا يخفى. انتهى.

قال في «الروضة» : الصواب أنه لا يقع شيء في الحالتين، وقد اختصر

---

(١) سقط من أ.

(٢) في جـ الطلاق.

البحث الذي أشار إليه الرافعي فقال: والأصل: أن لا طلاق وفي كل واحد من الطرفين نظر . هذا لفظه.

قوله: وإذا علق الطلاق بالأكل ففي الحنث بالابتلاع وجهان أوردهما صاحب «التتمة» ، والأظهر : المنع ؛ لأنه يصح أن يقال : ابتلع وما أكل ، انتهى كلامه.

وما ذكره هاهنا من تصحيح عدم الحنث قد جزم بخلافه في كتاب الأيمان في موضعين في أثناء النوع الثاني وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

وتبعه في «الروضة» على الموضعين لكنه اختصر كلامه هنا على غير ما هو عليه فإنه نسب الوجهين والتصحيح إلى «التتمة» فقال : ولو علق على الأكل فابتلعت لم يجب على الأصح ؛ لأنه يقال : ابتلع ولم يأكل .

ذكره المتولي هذا لفظه .

وقد رأيت التصحيح في «التتمة» كما ذكره لكنه لا يكفي في الاعتذار لفوات ما دل عليه لفظ الرافعي من الصحيح على وفق ما صححه في «التتمة» فتعين أنه سهو منه بلا شك والموقع للرافعي في هذا الاختلاف هو صاحب «التتمة» فإنه مع تصحيحه هنا عدم الحنث قد جزم في كتاب الأيمان بعدمه وصور المسألة في السكر فتابعه الرافعي عليها .

قوله: قال الإمام : واكتفوا فيما إذا قال : إن لم تعدي الشيء فأنت طالق بذكر اللسان، ولم يعتبروا تولي العدد فعلاً ـ أي : باليد ـ قال: ولست أرى الأمر كذلك، ثم قال: نعم لو كان يرمق الواحد بعد الواحد، ويضبط فهذا يقام مقام النقل باليد . انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما: أن ما ذكره آخرًا من إقامة الرمق مع الضبط مقام النقل باليد قد أسقطه من «الروضة».

الأمر الثاني: أن ما ذكره من اشتراط النقل أو الإشارة لا يتصور القول به

إلا على الوجه الثاني على خلاف ما دل عليه كلامه فتأمله.

قوله: لو قال : إن لم تخبريني بعدد حبات هذه الرمانة قبل كسرها أو أن تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز فأنت طالق ، أو قال : إن لم تذكري، قال الأصحاب: يحصل الخلاص بأن تبتدئ من عدد يستيقن أن الحبات والجوز لا ينقص عنه وتذكر الأعداد بعده على الولاء بأن تقول: مائه، مائة وواحد ، مائة واثنين، وهكذا إلى أن تنتهي إلى عدد تستيقن أنه لا يزيد عليه فتكون مخبرة عن ذلك العدد أو ذاكرة له وهذا إذا لم يقصد التعيين والتعريف وإلا فلا يحصل البراء . انتهى .

وما ذكره هنا من توقف الخلاص على الطريقة المذكورة تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وهو مشكل مخالف للقاعدة، فقد ذكر الرافعي قبل ذلك بأوراق أن الخبر لا يختص بالصدق على الصحيح، بل يطلق على الصدق والكذب وحينئذ فيتخلص الحالف المذكور بأي عدد ذكرته المرأة له صدقا كان أو كذبا إذ الفرض أنه لم يقصد التمييز، وقد حصل مسمى الخبر بعدده فيكفي وإن كان خبرًا غير مطابق ولم يذكر هذا الموضع في «الشرح الصغير» .

قوله: فرع : لابد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان وإلى ما يسبق إلى الفهم في العرف الغالب فإن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع والإمام والغزالي يريان اتباع العرف وقد سبق في هذه الفروع أمثلة هذا . انتهى كلامه.

وما ذكره من رجحان الوضع قد صرح أيضًا بتصحيحه بعد هذا بأسطر فقال: إنه الأصح الذي أجاب به المتولي وعلله بأن العرف يتخبط وما نقله هنا عن المتولي قد تقدم في عليه في أول الباب الثالث من أبواب الخلع ما يخالفه وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله من زياداته : قلت: القحبة هي البغي وهي كلمة مولدة ليست عربية والله أعلم . انتهى.

وما ذكره من كونها ليست عربية ليس كذلك فقد ذكر الشيخ عز الدين

في مجموع له مشتمل على مسائل التفسير وغيرها ما حاصله : أنها عربية فقال: القحبة مأخوذ من القحاب بالضم وهو السعال وذلك أنهم كانوا يقولون للزانية إذا عطست الورا والقحاب، والورا بالفتح والقصر هو داء في الجوف ومنه قوله ﷺ : «**لأن يمتليء جوف أحدكم قيحًا حتى يريه خير من أن يمتلئ شعراً**» (١) فلما لازمها ذلك عند الدعاء عليها عند العطاس اشتق لها منه اسم . هذا كلامه ، وغايته أن يكون مجازًا إن لم يكن حقيقة، والمجاز ليس خارجا عن لغة العرب لانقسام اللغة إلى حقيقة ومجاز، وذكر الجوهري أن القحبة مولدة ولم يزد على ذلك، قال : ويقال: وري القيح جوفه وريًا إذا أكله ثم ذكر الحديث.

قوله: وقال ـ يعني : أبا العباس الروياني ـ: إن الأحمق من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصًا بينًا بلا مرض ولا سبب. انتهى كلامه.

وهذا التفسير الذي ذكره في الأحمق واقتصر عليه قد ذكر خلافه في كتاب الكفارات واقتصر عليه أيضًا فقال: ويجزئ الأحمق، وفسر بأنه الذي يضع الشيء في غير موضعه مع العلم بقبحه ، والمجنون لا يعلمه . هذا لفظه وذكر مثله هناك أيضاً صاحب «المهذب» و«التهذيب»وفي«الحاوي» أنه الذي يضع كلامه في غير موضعه فيأتي بالحسن في موضع القبيح وعكسه وفي «التتمة» و«البيان» أنه من يعمل ما يضره مع علمه بقبحه، والعجب من تركه لهذه المقالات المذكورة في هذه الكتب المشهورة واقتصاره على نقلها عن من نقل، ولم يتفطن النووي لما ذكرناه من مخالفة الرافعي هناك، وإنما نقل كلام بعض من نقلنا عنه .

قوله: وذكر الغزالي في «الوسيط» أنه وقع في الفتاوى أن رجلا قال لزوج ابنته: في مخاصمتهما لم تحرك لحيتك فقد رأيت مثل هذه اللحية كثيراً، فقال: إن كنت رأيت مثل هذه اللحية كثيرًا فابنتك طالق، قال: وليس المراد المماثلة في الشكل والصورة وعدد الشعر وإنما يكنى باللحية في هذا الموضع عن الرجولية والفتوة ونحوهما فإن حمل اللفظ على المكافأة وقع

(١) أخرجه البخاري (٥٨٠٣) ومسلم (٢٢٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

الطلاق وإلا فلا يقع لكثرة الأمثال . انتهى كلامه.

تابعه في «الروضة» على تعليل عدم الوقوع بكثرة الأمثال وهو غلط، فإن كثرة الأمثال تعليل للوقوع الذي هو عكس الحكم الذي ادعاه إذ الزوج علق الطلاق على رؤية كثير من أمثالها وقد ذكره في «الوسيط» على الصواب فراجعه ، وكان ينبغي أن يقول : وإلا فيقع لكثرة الأمثال ، وحينئذ فتطلق على كل تقدير لكنه إن قصد المكافأة فالتنجيز وإلا فالتعليق.

قوله: قال في «الوجيز» : ولو علق على مخالفتها الأمر فقال : لا تكلمي زيدًا فكلمته لم تطلق؛ لأنه مخالفة للنهي ، وهذا ينازع فيه العرف .

ولو علق على النهي فقال: قومي فقعدت قيل: إنها تطلق ؛ لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده وهو فاسد ، ولو قال : أنت طالق إلى حين أو زمان طلقت بعد لحظة، وكذلك قالوا في العصر والحقب وهو بعيد، ثم قال : ولو علق على الضرب إلى آخره .

واعلم أن هذه المسائل الثلاث المذكورة في كلام « الوجيز » قبل مسألة الضرب ليست موجودة في نسخ الرافعي وكأنه انتقل نظره من قوله ولو علق إلى قوله: ولو علق أو سقط ذلك من الناقل من مسودة الرافعي حالة تصنيفه لهذا الكتاب، وقد شرح هذه المسائل في «الشرح الصغير» فقل بعد ذكره لهذه المسائل ما نصه: فيه مسألتان :

إحداهما: إذا قال لامرأته : إن خالفت أمري فأنت طالق، ثم قال لها : لا تكلمي زيداً فكلمته لم تطلق ؛ لأنها ما خالفت أمره وإنما خالفت النهي، هذا هو المشهور .

وقوله: ـ أي الغزالي ـ تنازع فيه العرف أي : مخالفة قول الإنسان تعد في العرف مخالفة أمره فيحتمل أن يقال : إنها تطلق، ولو قال: إن خالفت نهيي فقال لها: قومي فقعدت فللأصوليين من الأصحاب وغيرهم خلاف في أن الأمر بالشيء هل هو نهي عن ضده ؟ فذهب بعض من جعله نهيًا إلى وقوع الطلاق، والأظهر عند الإمام وغيره المنع المطلق، وإن جعلنا الأمر

بالشيء نهياً عن ضده ؛ لأن الأيمان والتعليقات لا تحمل على القواعد الأصولية، وإنما ينظر فيها إلى العرف والإطلاقات الغالبة ولا يقال في عرف اللغة لمن قال قم : إنه نهي، هذا كلام «الشرح الصغير» .

ولم ير النووي إخلاء الروضة عن هذه المسائل فأثبتها ناقلاً لها من «الوجيز» إلا أنه بسط كلامه، فقال: فصل : قال : إن خالفت أمري فأنت طالق، ثم قال: لا تكلمي زيداً فكلمته قالوا: لا تطلق ؛لأنها خالفت النهي دون الأمر، ولو قال: إن خالفت نهيي فأنت طالق، ثم قال : قومي فقعدت وقع ؛لأن الأمر بالشيء نهي عن أضداده ، وهذا فاسد؛ إذ ليس الأمر الشيء نهياً عن ضده في ما نختاره وإن كان فاليمين لايبنى عليه،بل على اللغة أو العرف، لكن في المسألة الأولى نظر بسبب العرف هذا كلام النووي ـ رحمه الله ـ وهو مخالف لما ذكره الرافعي في «الشرح الصغير» في ما إذا قال : إن خالفت نهيي فقعدت فإن كلام الرافعي يقتضي أن المعروف في النقل أنه لا يقع، وكلام النووي يقتضي عكسه وكان ينبغي للنووي أن ينبه على أن هذه المسائل من « زوائده » ، فإن الواقف عليها في «الروضة» يتوهم أن الرافعي ذكرها، وأن كلامه قد اختلف ، على أنه قد وقع في بعض نسخ الرافعي إثباتها من «الوجيز» أيضًا.

قوله: فيه صور إحداها: إذا علق الطلاق بالضرب طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو بالوكز أو اللكز ولا يشترط أن لا يكون حائل والأشهر أنه يعتبر أن يكون فيه إيلام ومنهم من لم يشترط الإيلام واكتفى بالصدمة. انتهى كلامه.

وما ذكره هنا من تصحيح اشتراط الإيلام قد خالفه في كتاب الأيمان في النوع السابع فصحح عدم اشتراطه وتابعه في «الروضة» على هذا الاختلاف وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى وأبين ما يقتضي أن المذكور هنا غلط حصل من تحريف فراجعه، والوكز هو الضرب على الذقن باليد وهي

[مقبوضة] [١] الأصابع ، واللكز باللام هو الضرب على الصدر بذلك ، وقال أبو زيد في جميع الجسد .

وأما نكزه بالنون فمعناه ضربه ودفعه وليس له ذكر في الرافعي.

قوله: الثالثة: إذا علق بقدوم زيد طلقت إذا قدم راكبا أو ماشيا وإن قدم به ميتًا نظر إن كان بأمره واختياره فهو كما لو قدم راكبًا، وإن لم يكن بإذنه لم يقع سواء كان زمناً أو صحيح البدن هذا هو الظاهر، ويأتي فيه خلاف؛ لأن صاحب «المهذب» وغيره نقلوا طريقًا في ما إذا حلف أن لا يدخل الدار فحمل بغير إذنه واختياره وأدخل أنه على القولين في ما إذا أكره حتى دخل بنفسه ووجهه أنا سوينا في حال الاختيار بين دخوله بنفسه ودخوله محمولاً فكذلك يسرى في عدم الاختيار بين الأمرين ، انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من التسوية حال الاختيار بين أن يدخل بنفسه أو يدخل محمولاً حتى إذا حمل وهو قادر على الامتناع قد خالفه في كتاب الأيمان في آخر الباب الثالث في الفصل المعقود لحنث الناسي والجاهل فصحح أنه إذا حمل بغير إذنه ولكن قدر على الامتناع والهرب أنه لا يحنث، وتابعه في «الروضة» على ذلك ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى:

ثم إن المسألة المترجم لها هاهنا وهي مسألة القدوم لاشك أنها كمسألة الدخول وهو قادر على الامتناع ؛ لأنه تارة يعبر في الحنث بالأمر والاختيار وتارة يقتصر على الاختيار وقد اختصره في «الروضة» اختصارًا فاسدًا حاصله أنه يكفي في الحنث قدرته على الامتناع على خلاف ما قرره في كتاب الأيمان فإنه قال : فصل : علق بقدوم زيد طلقت إذا قدم راكبًا أو ماشياً، وإن قدم به ميتاً لم تطلق وإن حمل وقدم به حيًا إن كان باختياره طلقت وإلا فلا على المذهب هذه عبارته، والفتوى على المذكور في الأيمان، فإنه الموضع المعقود للمسألة .

---

(١) في جـ : مفتوحة .

قوله: ولو نظرت في المرأة أو الماء قال الإمام: هذا فيه احتمال ، لأنه وإن حصلت الرؤية في الحقيقة لكنه يصح في العرف أن يقال : ما رآه وإنما رأى مثاله أو خياله ، والظاهر أنه لا يقع ، وبه أجاب البغوي في المرآة والمتولي في المرآة والماء جميعًا ، انتهى كلامه.

وما ذكره من ترجيح عدم الوقوع خالفه في «الشرح الصغير» فقال : ولو نظرته في الماء أو المرآة قال الإمام : فيه احتمال لأنه يصح أن يقال في العرف ما رآه وإنما رأى مثاله وخياله والظاهر وقوع الطلاق هذا لفظه وهو غريب لتعبيره في الموضعين بالظاهر.

قوله: ولو قال للعمياء : إن رأيت زيدًا فأنت طالق، قال الإمام: الصحيح أن الطلاق معلق بمستحيل،وقيل : يحمل على اجتماعهما في مجلس.انتهى.

وما أطلقه الإمام من كونه تعليقًا بمستحيل حتى لا يقع على الصحيح قد تابعه هو والنووي عليه وفيه أمران :

أحدهما: أن هذا ليس من باب التعليق على المستحيل فإن الأعمى كثيرًا ما يحصل له الإبصار بالتداوي خصوصًا من عمى بنزول الماء فيعالج بالقدح فنسأل الله تعالي العافية في الدارين.

الثاني: أنه يتعين فيه تفصيل وهو أنه إن كان أكمه وهو الذي ولد أعمى كان من التعليق على المستحيل عادة كطلوع السماء ونحوه ؛ ولهذا جعله الله تعالى آية للمسيح عليه الصلاة والسلام، فقال: ﴿ وَتُبْرِئُ الأَكْمَهَ وَالأَبْرَصَ بِإِذْنِي﴾ [المائدة : ١١٠] ، وإن لم يكن أكمه فلا.

قوله: وإذا علق برؤيتها الهلال وفسر الرؤية بالمعاينة أو صرح بها في تعليقه فقال في «التهذيب» إن الرؤية في الليلة الثانية والثالثة كهي في الأولى ولا أثر لها في الرابعة، فإنه لا يسمى هلالاً بعد الثلاث وفي «المهذب» أنه لو لم يُر حتى صار قمرًا لم تطلق بالرؤية بعده، وحكى وجهين في أنه يصير

قمراً باستدارته أم بأن يبهر ضوءه ؟ انتهى.

قال في «الروضة» من زوائده: المختار ما ذكره البغوي وإن كان ما ذكره في «المهذب» مذكوراً في «الحاوي» وفي ما تفرع عنه.

واعلم أن يبهر بياء مفتوحة بنقطتين من تحت بعدها باء ساكنة تقول العرب : بهر القمر أي أضاء حتى غلب ضوؤه ضوء الكواكب ، قاله الجوهري.

قوله: ولو قال : إن كلمت زيداً فأنت طالق فكلمته في حال سكرها طلقت على الأصح، ثم قال: إلا إذا انتهت إلى السكر الطافح، انتهى.

والطافح بالطاء المهملة والفاء قال الجوهري : هو الذي ملأه الشراب، وما ذكره من استثناء الطافح إنما يأتي إذا جعلنا للسكران ثلاث مراتب وخالفنا بينها في الحكم، وقد اختلف في ذلك كلامه وكلام «الروضة» أيضا والمشهور خلاف المذكور هنا ، وقد أوضحت ذلك في الباب الثاني في كتاب الطلاق فراجعه .

قوله: فإن لم يسمع لعارض لغط أو ريح أو لما به من الصمم فوجهان:
أحدهما: وهو الذي أورده الإمام وصاحب الكتاب في اللغط وأجاب به القاضي الروياني : أنه يقع الطلاق ؛ لأنها كلمته وعدم السماع إنما كان لعارض فأشبه ما إذا كان للذهول.

وأصحهما عند صاحب «التهذيب» : أنه لا يقع حتى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك العارض فحينئذ يقع، انتهى.

والراجح هو الوقوع فقد قال الرافعي في «الشرح الصغير» : إنه أظهر الوجهين، وجزم به في هذا الكتاب أعني «الشرح الكبير» في باب صلاة الجمعة في الكلام على إسماع الأربعين لكنه فرضها في الصمم خاصة، ونقله في «التتمة» هناك عن نص الشافعي، وقد اختلف تصحيح النووي فصحح في «تصحيح التنبيه» أنه لا يقع وجزم في «الروضة» [في صلاة

الجمعة بالوقوع تبعا للرافعي ولم يصحح هنا في « الروضة»][(١)] شيئًا.

قوله: وحكى الحناطي قولين في ما إذا قال: إن كلمت نائمًا أو غائبًا عن البلد هل يقع الطلاق في الحال بناء على الخلاف في التعليق على المحال ويحتمل أن يقال : إنها لا تطلق حتى تخاطبه مخاطبة المتكلمين، وبنحو منه أجاب القاضي أبو الطيب في ما إذا قال : إن كلمت ميتًا أو حمارًا، انتهى.

وما أشعر به كلامه من رجحان الحنث عند مخاطبة النائم ونحوه مخاطبة المتكلمين وأن القاضي أبا الطيب ذكر نحوه قد تابعه عليه أيضًا في الروضة» وهو مخالف للقواعد فستعرف في الأيمان أنه إذا حلف لا يبيع فباع بيعًا فاسدًا كالخمر ونحوه لم يحنث [فلو صرح في اليمين بذلك فقال مثلا: لا أبيع الخمر لم يحنث][(٢)] به أيضاً على الأصح لانتفاء حقيقة البيع، وقيل : يحنث؛ لأن المراد منه الحلف على صورة البيع وما يجيء فيه مثله أيضا ؛ لأن كلام النائم ونحوه لا يقع به الطلاق عند الإطلاق فلا يقع عند التصريح به كبيع الخمر.

قوله: ولو علق بفعل الزوجة أو أجنبي فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ولم يقصد الزوج إعلامه أو كان المعلق بفعله ممن لا يبالي بتعليقه وقع الطلاق مع الإكراه والنسيان ، وإن كان شاعراً بالتعليق وكان ممن يبالي بتعليقه فالقولان، ويعتبر مع ذلك قصده الحث والمنع ، فإنه يقصد التعليق بصورة الفعل، وإن كان ممن يبالي بتعليقه، انتهى ملخصًا .

واعلم أن في أقسام هذه المسألة مسألة مهمة كثيرة الوقوع وهي ما إذا فعل المحلوف علمه غير عالم باليمين فلنذكر أولاً ما ذكره الرافعي فيها ثم نذكر ما عليه الفتوى .

فنقول : أشار الرافعي ـ رحمه الله ـ بقوله ولم يقصد الزوج إعلامه إلى

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

اعتبار الشرط الأخير وهو قصد الحث والمنع وعبر عنه به لأن قاصده يقصد عادة إعلام الحالف بذلك ليمتنع منه ويدل على ما قلناه أنه لما رجع إلى حكم القيود لم يذكر اعتبار الإعلام وذكر الحث والمنع عوضًا عنه.

إذا تقرر هذا فالظاهر أن هذا الشرط إنما هو معطوف بأو لا بالواو وسنذكر سبب ذلك ، وحينئذ فالذي لا يبالي وهو الذي لا يؤثر عرض الحالف حكمه واضح وهو الوقوع بفعله، وأما الذي يبالي فيتلخص من كلام الرافعي فيه أنه إن لم يكن له شعور باليمين فوقع الفعل الصادر منه على سبيل الإكراه والنسيان حنث الحالف به سواء قصد إعلامه ومنعه أم لم يقصد إذ كان من حقه أن يعلمه، وهذا القسم كثير الوقوع في الفتاوى، وكذلك يحنث أيضًا إذا شعر ولكن لم يقصد الحالف المنع وهو واضح، وقد أهلمه في «المحرر» .

ووجه ما قلناه أولاً : أنه معطوف بأو لأنه لو كان معطوفًا بالواو لكان المجموع شرطاً، وحينئذ فيقتضي أن الذي يبالي إذا لم يكن له شعور ولكن كان قصد الزوج الحث والمنع أنه لا يقع وليس كذلك، فإن الرافعي قد شرط بعد ذلك لعدم الوقوع شروطاً ثلاثة وهي أن يكون شاعراً وأن يبالي وأن يقصد الزوج الحث والمنع كما تقدم حكايته منه فلو لم يكن كما قلناه لزم أن يشترط أمران فقط، وأن يكون ذكره للأول باطلاً ويؤيده أيضا أن المذكور في «المحرر» و «المنهاج» عند عدم العلم هو الوقوع من غير تفصيل أيضًا فإنه قال: ولو علق بفعله ففعل ناسيًا للتعليق أو مكرهًا لم تطلق في الأظهر أو بفعل غيره ممن يبالي بتعليقه وعلم به فكذلك وإلا فيقع قطعًا انتهى.

إلا أن فيه نظرًا فإنه كيف يقع بفعل الجاهل قطعًا ولا بفعل الناسي على الصحيح مع أن الجاهل أولى بالعذر من الناسي ؟ وقد ذكر الرافعي بعد هذا مسألة تقوي ما ذكرناه فقال : ولو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور وحصل دخولهم مكرهاً لم تطلق ويحتمل أن تطلق ، انتهى.

واعلم أن ما اقتضاه كلام الرافعي في الحنث إذا لم يعلم المحلوف عليه قد رجحه الصيدلاني في ما جمعه من طريقة شيخه [الشاشي](١) فقال في الطلاق فإن قصد منعه، فإن لم يعلم القادم حتى قدم حنث الحالف وإن علم ثم نسي فعلى قولين، ومنهم من قال على قولين بكل حال، انتهى.

وذكر نحوه الغزالي في «البسيط» وقال: فأما إذا علق بفعلها في عينها فلا أثر لنسيانها وإن كانت مكرهة فالظاهر الوقوع؛ لأن هذا في حكم التعليق لا على قصد المنع، ومنهم من طرد الخلاف؛ لأن المكره عليه كالمعدوم، وهذا ما اختاره القاضي، انتهى.

وخالف الجمهور فخرجوه على القولين منهم الشيخ أبو حامد في «تعليقه»، فقال في الكلام على تعليق الطلاق بالقدوم ما نصه: ولو قدم وهو لا يعمل عقد صفة الطلاق، وتعليقه على قدوم أو كان علم ذلك ثم نسيه فإن كان ممن يقصد بعقد اليمين منعه من الدخول مثل أن يقول إذا قدم أبوك أو أخوك أو وكيلك فوجد ذلك والفاعل لا يعلمه أو علم باليمين ثم نسيها لم يطلق على أحد القولين ، وطلقت على القول الآخر كما ذكرناه في المكره، انتهى .

وذكر المحاملي في «المقنع» مثله وكذلك الشيخ في «المهذب» والبغوي في «التهذيب» والجرجاني في «الشافي» والخوارزمي في «الكافي».

قوله: ولو قصد منعها من المخالفة فقال الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» : لا يقع الطلاق ؛ لأنه لم يتحقق مخالفة ونفي الخلاف عنه في «الوسيط » ويشبه أن يراعي معنى التعليق ويطرد الخلاف، انتهى.

قال في «الروضة»: الصحيح قول الغزالي ويقرب منه عكسه وهو أنه لو حلف لا يدخل عمدا ولا ناسيا، فدخل ناسيا فنقل القاضي حسين [أنه يحنث بلا خلاف والله أعلم ، وهذه الزيادة التي استشهد بها هنا ناقلاً لها عن القاضي حسين] (٢) خاصة قد جزم بها الرافعي في كتاب الأيمان في أواخر الباب الثالث في الكلام على الناسي والمكره .

---

(١) في أ ، جـ : القفال.

(٢) سقط من أ.

قوله: ولو قال :أنت طالق عشراً فقالت: يكفيني ثلاث فقال: الباقي لضرتك يقع عليها ثلاث، وليس على الضرة شيء ؛لأن الزيادة على الثلاث لغو ولو قالت: يكفيني واحدة فقال الباقي : لضرتك، يقع عليها ثلاث، وعلى الضرة طلقتان إذا نوى ، كذا قاله في «التهذيب» ، انتهى كلامه .

وما نقله عن «التهذيب» وأقره عليه من كونه لا يقع شيء بالزائد على العدد في الشرعي وإن نوى، قد نقل في الباب الثاني في أركان الطلاق عن المتولي خلافه، وأقره عليه أيضًا وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه، ووقع الموضعان في «الروضة» كذلك .

قوله: ولو قال لرجل : إن بدأتك بالسلام فعبدي حر، وقال الآخر : إن بدأتك بالسلام فعبد حر فسلم كل منهما على الآخر دفعة واحدة لم يعتق عبد واحد منهما لعدم ابتداء كل منهما وينحل اليمين، فإذا سلم أحدهما على الآخر بعد ذلك لم يعتق واحد من عبديهما ذكره الإمام، انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام وأقره وتابعه عليه في «الروضة» يشكل ما سبق في التعليق على البشارة فراجعه.

قوله: ولو قال : إن أعطيتك حقك فامرأتي طالق فأعطاه باختياره طلقت ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان، انتهى كلامه.

وما أطلقه من كون الوكيل لا يتنزل منزلة إعطاء الموكل حتى لا يقع الطلاق في مسألتنا قد تابعه على إطلاقه في «الروضة» أيضا لكن قد تقدم في الباب الثالث من أبواب الخلع نقلا عن المتولي من غير مخالفة له تخصيص ذلك بحالة غيبة الموكل وقد تقدم ذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله: قال لامرأتيه إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت كل واحدة إحدى الدارين فهل تطلقان، أم لا تطلقان؟ فيه وجهان، ولو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفًا قالوا : يقع الطلاق

لأنه لا مشاع فيه لاحتمال الثاني، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الأصح في مسألة الدارين عدم الوقوع كذا صححه الشيخ في «المهذب» والنووي في « زوائده » ، وأما مسألة الرغيفين فمقتضى كلام الرافعي الاتفاق على الوقوع وليس كذلك فقد جعلها الشيخ في «المهذب» على الوجهين في الدارين، ونقله عنه في «الروضة» أيضًا إلا أنه صحح الوقوع.

الأمر الثاني: أن تصحيح النووي في الأولى عدم الوقوع يلزم منه تصحيحه في الثانية أيضاً إذا أطلق الحالف هذا الكلام ولم ينو شيئًا ؛ لأنه إذا كان مدلول اللفظ أن كلاً منهما يتعاطى المجموع وكان تعاطي ذلك مستحيلاً يكون قد علق على المستحيل عدم الوقوع.

نعم : إن أراد الحالف خلاف ذلك اتبعنا إرادته ولكن الكلام فيما إذا لم ينو شيئاً قوله : قال : **إن ملكت أكثر من مائة فأنت طالق فكان يملك خمسين روجع فإن قال: أردت لا أملك زيادة على مائة لم تطلق وإن قال: أردت أني أملك مائة بلا زيادة طلقت، وإن قال : إن كنت أملك إلا مائة، وكان يملك خمسين فقيل : تطلق، وقيل على الوجهين، انتهى.**

واعلم أن النووي قد صحح في المسألة الأولى أنها لا تطلق وهو واضح وسكت عن الثانية، والأصح فيها طريقة القطع بالوقوع، كذا صححه في «الشامل» في أوائل باب ما يهدم الزوج من الطلاق وسيأتيك في كتاب الإيلاء ما يوضحه واقتضى كلامه أعني ابن الصباغ أن محل الخلاف هو محله في المسألة قبلها وهو حالة الإطلاق، وهذا لابد منه فاعلمه.

قوله: وإن قال : إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق فخرجت إلى الحمام ثم قضت حاجة أخرى لم تطلق، وإن خرجت لحاجة

أخرى، ثم عدلت إلى الحمام [طلقت، وإن خرجت إلى الحمام][(١)] وغيره ففي وجه تطلق كما لو قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق فكلمت زيدًا وعمرًا وفي وجه لا تطلق؛ لأن المفهوم من قوله: إن خرجت إلى غير الحمام الخروج بمقصود أجنبي عن الحمام وهاهنا الحمام مقصود الخروج، انتهى كلامه.

والمعروف في هذه المسألة أن الطلاق لا يقع، وهو المنصوص كذا نقله الرافعي في كتاب الإباق، واختلف كلام النووي في هذه المسألة إختلافًا عجيبًا فقال: هاهنا ما نصه: قلت: الأصح الوقوع وممن صححه الشاشي والله أعلم، ثم خالف في كتاب الأيمان فقال من « زوائده » أيضا: الصواب الجزم بأنه لا يحنث هذا لفظه، وسوف أذكره مع لفظ الرافعي هناك فراجعه.

قوله نقلا عن فتاوى القفال: بخلاف ما لو قال: نكحتها وأنا واجد طول حرة نجعل ذلك فرقة بطلقة لأنه أقر بالنكاح وادعى مفسدًا، وقيل: يتلطف به الحاكم حتى يقول: إن كنت نكحتها فقد طلقتها. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما نقله من وقوع طلقة وأقره عليه قد تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وهو خلاف الصحيح، فإن الصحيح أنها فرقة فسخ لا ينقص عددًا كما صرح به من « زوائده » في آخر الباب الثالث من أبواب النكاح، ولم يصحح الرافعي هناك شيئًا.

الأمر الثاني: أن تعبيره عن التلطف بقوله: وقيل، يقتضي على اصطلاحه ثبوت خلاف ذلك وليس فيه خلاف ولا يتصور أيضا مجيء الخلاف فيه.

قوله: وأنه لو قال: إن فعلت ما ليس لله تعالى فيه رضا فأنت طالق

(١) سقط من أ.

فتركت صوماً أو صلاة ينبغي أن لا تطلق لأنه ترك وليس بفعل فلو سرقت أو زنت طلقت . انتهى.

تابعه في «الروضة» على إطلاق الحنث في الزنا لكن قياس ما قاله في الصوم والصلاة أن لا يحنث بالزنا إذا كان الموجود بها إنما هو مجرد التمكين بأن كشف عورتها فسكنت أو كانت مكشوفة العورة ؛ لأن الموجود منها إنما هو ترك الدفع وليس بفعل على ما قاله.

قوله نقلا عن العبادي : أنه لو كان له أمة وزوجة فدعى الأمة إلى فراشه فحضرت الحرة فوطئها فقال: إن لم تكوني أحلى من الحرة فهي طالق وهو يظنها الأمة فقال أبو حامد المروزي: تطلق لأنها هي الحرة فلا تكون أحلى من الحرة، وحكى أبو العباس الروياني وجهًا أنها لا تطلق لأن عنده أنه يخاطب غيرها، قال : وهذا أصح وبه أفتى الحناطي . انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» واعلم قاعدتنا اعتبار المخاطب وإن ظنه أنها غيره كما إذا قال : يا زينب فأجابته عمرة فقال: أنت طالق ظنًا أنها زينب فإن عمرة تطلق ، وقياس هذا في مسألتنا تصويب مقالة أبي حامد.

قوله في «الروضة» نقلاً عن فتاوى القاضي : وأنه لو قال : إن غسلت ثوبي؛ فأنت طالق فغسلته أجنبية ثم غمست المحلوف بطلاقها في الماء تنظيفًا لم تطلق لأن العرف في مثل هذا يغلب والمراد في العرف الغسل بالصابون والأشنان ونحوهما، وإزلة الوسخ ، وقال غير القاضي : إن أراد الغسل من الوسخ لم تطلق، وإن أراد التنظيف فلا ، وإن أطلق قال : لا حنث فيه . انتهى كلامه.

وتعبيره في آخره بقوله : فلا ، غلط ؛ لأنه موافق لما قبله، وصوابه : حنث وهو المذكور في الرافعي.

قوله نقلاً عن فتاوى البغوي : أنه لو قال : إن ضربتك فأنت طالق فقصد ضرب غيرها فضربها لم يقبل قوله ؛لأن الضرب يقين ويحتمل أن يقبل لأن

الأصل بقاء النكاح ، انتهى .

ذكر قريباً منه في «الروضة» وهي عبارة ناقصة غير منتظمة، وقد راجعت « فتاوى البغوي » فرأيت المسألة فيها على الصواب، فإنه قال : مسألة : إذا قال لامرأته : إن ضربتك فأنت طالق فقصد ضرب أخرى أو ضرب نفسه فأصابها، قال: فهو ضارب بدليل أنه يكون قائلاً في مثله تجب الدية وهل يحنث؟ قال: فعلى قولي حنث المكره، فإن قلنا: لا حنث على المكره، ثم ادعى أني كنت أقصد ضرب غيرها أو ضرب نفسي فأصابها لا يقبل لأن الضرب يقين،ويحتمل أن يقبل لأن الأصل بقاء النكاح هذه عبارة البغوي فسقط الكلام المتوسط جميعه، إما لغلط في النسخة التي وقعت للرافعي أو لانتقال نظره أو نظر الكاتب من أصل الرافعي كما تقدم في نظائر لهذه المواضع ، فلله الحمد على الإلهام إلى الصواب.

قوله نقلاً عن الفتاوى المذكورة : أنه لو نادى أمه فأجابته فلم يسمع فقال: إن لم تجبني أمي فامرأتي طالق فإن رفعت الأم صوتها في الجواب بحيث يسمع في تلك المسافة لم تطلق وإلا فتطلق، انتهى.

وما ذكره هنا قد ذكر بعده في أوائل الفصل الذي يليه ما يشكل عليه فقال نقلاً عن البوشنجي : وأنه لو حلف بالطلاق أنه بعث فلانًا إلى بيت فلان، وعلم أن المبعوث لم يمض إليه فقيل : يقع الطلاق لأنه [يقتضي حصوله هناك والصحيح أنه] (١) لا طلاق لأنه يصدق أن يقال بعثه فلم يمتثل . انتهى.

وما قالوه في تعليل عدم الطلاق هنا يصدق في مسألتنا بعينه فيقال أجابته فلم يسمع.

قوله أيضًا نقلاً عن الفتاوى المذكورة : وأنه لو حلف لا يخرج من البلد

(١) سقط من أ .

حتى يقضي دين فلان بالعمل فعمل له ببعض دينه، وقضى الباقي من موضع آخر، ثم خرج طلقت، وإن قال أردت أني لا أخـرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه قبل قوله في الحكم . انتهى كلامه.

وما نقلـه عن « فتاوى البـغوي » من القـبول في الحكم، قد تـابعه في «الروضة » عليـه أيضاً ، وهو غلط ، فـإن المجزوم به فيـها إنما هو العكس فقـال : قبل قوله في البـاطن دون الظاهر . هذه عبارتـه، فكأنه سقط من النسخة التي وقف الرافعي عليها إما لنقل نظره أو سقط من نسخ الرافعي.

فصل: في مسائل منثورة ذكرها أبو العباس الروياني

قوله: وأنه لو أشار إلى ذهب وحلف بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان، وشهد شاهدان أنه ليس بذلك الذهب، فظاهر المذهب وقوع الطلاق، وإن كانت هذه الشهادة على النفي لأنه نفي يحيط العلم به، فإن الشاهد ربما رأى ذلك الذهب وعلم أنه غير ذلك المحلوف عليه، وفيه وجه أنه لا تقبل هذه الشهادة، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما نقله من أن ظاهر المذهب قبول الشهادة على النفي المحصور وأقره عليه، قد ذكر ما يخالفه في أثناء باب القسامة، وفي أواخر الشهادات في الباب المعقود لمسائل منثورة، واختلف فيه كلام «الروضة» أيضا، وسوف أذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

الأمر الثاني: إنما يتعذر تسليم قبول الشهادة على النفي المحصور وهو الحق فما ذكره تقريباً عليه من الحنث غير صحيح على قاعدته، فإنه إذا حلف معتقدًا أنه ذلك الشيء وليس هو إياه يكون جاهلاً، والأصح أن الجاهل لا يحنث، وقد صرح الرافعي بهذه القاعدة في أول كتاب الأيمان فقال: ينعقد اليمين علي الماضي كما ينعقد على المستقبل، فإن كان كاذبًا وهو عالم بالحال فهي اليمين الغموس قال: وإن كان جاهلا ففي وجوب الكفارة قولان كما لو فعل المحلوف عليه ناسيًا هذه عبارته فتفطن لذلك واستحضره فإنه كثير الوقوع في الفتاوى، وقد ذهل عنه الرافعي والنووي في مسائل وإن كانا قد تفطنا لذلك في مسائل أخرى.

قوله: ولو حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا وشهد شاهدان عنده أنه فعله وتيقن صدقهما أو غلب على ظنه صدقهما لزمه أن يأخذ بالطلاق، انتهى.

تابعه في «الروضة» وهو قريب مما تقدم، وقد بسطت المسألة في آخر الفصل فراجعها.

قوله أيضا عنه: وأنه لو قال: امرأتي طالق إن دخلت دارها ولا دار لها وقت الحلف ثم ملكت داراً فدخلتها طلقت، وأنه لو قال: إن لم تكوني الليلة في داري فأنت طالق ولا دار له، ففي وقوع الطلاق وجهان مبنيان تارة على التعليق بالمستحيل، وأخرى أن الحنث هل يحصل بفعل المكره؟ انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره أولاً من الجزم بالحنث وأنه لا يشترط وجود الدار حملا للكلام على أن يكون التقدير داراً لها لا يتصور معه أن تكون اليمين الثانية من باب التعليق على المحال بل يكون التقدير أيضًا إن لم تكوني الليلة في دار لي - أي: بالتنوين وعدم الإضافة - ولو صرح بهذا لكان تعليقًا صحيحًا بلا شك، ثم إن ملك دارا ودخلتها لم يحنث وإلا حنث، والمذكور أولاً هو الموافق للقواعد ولاسيما أن اللفظ قد تعذر حمله على الحقيقة فحملناه على المجاز.

الأمر الثاني: أن مقتضى ما ذكره الروياني المذكور من كون البناء على الأصل الأول أن يكون الراجح هو الحنث عقب الغروب لأن الراجح في التعليق على عدم الإتيان بالمستحيل وقوع الحنث وأنه يتعجل لأن الزوج في التعليق على عدم الإتيان بالمستحيل وقوع الحنث وأنه يتعجل، فإن علقه على وقت معين تعجل في أول ذلك الوقت، كذا ذكره الرافعي في أوائل الباب الثالث من كتاب الأيمان فتفطن له، وإنما لا يقع الطلاق المعلق على المستحيل إذا كان التعليق على فعله.

وأما الأصل الثاني: فمقتضى البناء عليه ترجيح عدم الحنث لأنه الراجح في فعل المكره الذي يراعي مرض الحالف وقد اختصر في «الروضة»

هذا الكلام على غير وجهه، فإنه اقتصر فيه على البناء الأول.

قوله: وأنه لو قال لمن يسمى زيدًا يا زيد فقال امرأة زيد طالق طلقت امرأته، وقيل: لا تطلق إلا أن يريد نفسه. انتهى كلامه.

تابعه عليه «الروضة» والراجح هو الوجه الثاني، كذا رجحه الرافعي في باب أركان الطلاق بعد نقله هذا عن أبي العباس المذكور فقال نقلا عن القاضي سريج الروياني: وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد يا زيد فقال امرأة زيد طالق.

قال جدي أبو العباس الروياني: تطلق امرأته، وقيل: لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر هذا الوجه فيما إذا قال فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة ويشبه أن يكون هذا هو الأظهر ليكون قاصدًا إلى تطليق زوجته هذا كلامه.

وذكر هناك أيضًا قبل الموضع المذكور بقليل نقلاً عن « فتاوى القفال »: أنه إذا ادعى أنه نوى فاطمة أخرى قبل قوله، وذكر أيضًا في آخر الباب الذي نحن فيه الآن عن « فتاوى القفال » أيضًا أنه لو قال لأم امرأته: بنتك طالق، ثم قال: أردت البنت التي ليست زوجتي صدق، وذكر الرافعي هنا عقب المسألة الأولى أنه لو عزل عن القضاء فقال: امرأة القاضي طالق ففي وقوع طلاقه وجهان وقد ظهر لك مما نقلناه عنه ترجيح عدم الوقوع وإن كان باقيًا على ولايته فتفطن له.

قوله: وأنه لو قال إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق، فأخرجها هو فهل يكون إذنًا؟ فيه وجهان، القياس المنع.

ذكر مثله في «الروضة» والحكم على الإخراج بأنه لا يكون إذنا يشعر بالحنث، ولكن يتعين أن يقال إن أكرهها حتى خرجت فالأمر كذلك لأنها خرجت باختياره وإن لم يكن بإذنه وإن لم يكرهها عليه، بل حملها إلى

خارج لم يحنث فقد قال الرافعي في كتاب الأيمان في مثل هذه الصورة بما ذكرناه وعلله بأنها لم تخرج بل أخرجت .

قوله: وأنه لو قيل أطلقت امرأتك فقال : اعلم أن الأمر على ما يقوله لم يكن إقرارًا بالطلاق على الأصح، انتهى.

واعلم أنه قد ذكر في أبواب العتق قبل كتاب التدبير تصويرًا قريبًا من هذا نقلاً من الروياني أيضًا وأجاب عنه بما يخالف جوابه هنا إلا أنه فرض المسألة هنا في المضارع من علم وهنا في الأمر منه، وقد يفرق بينهما .

قوله: وأنه لو جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره فقالت له زوجته: استبدلت بخفك ولبست خف غيرك فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك، فإن كان خرج بعد خروج الجماعة ولم يبق هناك إلا ما لبسه لم تطلق ؛ لأنه لم يستبدل بل اسبتدل الخارجون قبله ،وإن بقي غيره طلقت.

وأنه لو رأى امرأته تنحت خشبة فقال: إن عدت إلى مثل هذا الفعل فأنت طالق فنحتت خشبة من شجرة أخرى ففي وقوع الطلاق وجهان ؛ لأن النحت كالنحت لكن المنحوت غيره .

ولو حلف لا يخرج من الدار إلا مع امرأته فخرجا لكن تقدم عليها بخطوات ففي وجه لا يحنث للعرف وفي آخر يحنث، وإنما يحصل البر بأن يخرجا من غير تقدم .

وأنه لو حلف أن لا يضربها إلا بالواجب، فشتمته فضربها بالخشب طلقت لأن الشتم لا يوجب الضرب بالخشب وإنما تستحق به التعزير ، وقيل : خلافه .

وأنها لو سرقت منه ديناراً فحلف بالطلاق لتردنه وكانت قد أنفقته لا تطلق حتى يحصل اليأس من رده بالموت، فإن تلف الدينار وهما حيان فوقوع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكره .

وأنه لو قال : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وأشار إلى موضع من الدار فدخلت غير ذلك الموضع من الدار ففي وقوع الطلاق وجهان.

ولو قال : إن ولدت ذكرًا فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق ثلاثاً فولدت ولدًا ميتا ودفن ولم يعلم حاله فهل ينبش ليعرف؟ يحتمل أن يخرج على وجهين .

وأنه لو قال: إن كان هذا ملكي فأنت طالق، ثم وكل من يبيعه، هل يكون إقرارًا بأنه ملكه؟ وجهان، وكذا لو تقدم التوكيل على التعليق .انتهى.

وقد تكلم النووي على هذه المسائل فقال : أما الأولى فالصواب فيها أنه إن خرج بعد خروج الجميع فينظر إن قصد أني لم آخذ بدله كان كاذبًا فإن كان عالمًا بأنه أخذ بدله طلقت، وإن كان ناسيًا فعلى قولي الناسي، وإن لم يكن له قصد خرج على الخلاف السابق في أن اللفظ الذي تختلف دلالته بالوضع والعرف على أيهما يحمل؟ وأما إنْ خرج وقد بقي بعض الجماعة فإن علم أن خفه مع الخارجين قبله فحكمه ما ذكرناه وإن علم أنه كان باقيا أو شك ففيه الخلاف في تعارض الوضع والعرف.

وأما الثانية : وهي مسألة النحت فالأصح فيه الوقوع.

وأما الثالثة والرابعة: فالأصح فيهما عدم الوقوع.

وأما الخامسة: وهي مسألة الدينار فالأصح وقوع الطلاق إذا تلف بعد التمكين من الرد.

وأما السادسة: فالأصح فيها الوقوع ظاهرًا لكنه إن أراد الموضع المعين دين .

وأما السابعة: فنقلها النووي من هنا إلى الفصل المعقود للتعليق بالحمل والولادة، وقال : الراجح : النبش وللمسألة نظائر تأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثاني من الشهادات يتعين مراجعتها.

وأما الثامنة: فالمختار في الحالين أنه لا طلاق إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل ببيعه أو كان لغيره وله عليه بينة، وقد تعذر إستيفاؤه أو باعه غصبا أو بولاية .

واعلم أن ما نقله الرافعي في التوكيل يجري في البيع بنفسه بلاشك،

وكأنه إنما فرض المسألة في الوكيل لكون الروياني سئل عنها بخصوصها، وحينئذ فيكون الراجح عدم الطلاق فيه، بل أولى .

إذا علمت ذلك فقد صحح هو والرافعي في كتاب الصلح أن قول المدعي عليه للمدعى بعنيه أو هبه لي إقرار بالملك له مع الاحتمالات المذكورة هاهنا تأتي جمعيها فيجوز أن يكون له مالك غيره فوض إليه هذه التصرفات ولم يعينه.

قوله: وأنه لو كان بين يديه تفاحتان فقال لزوجته : إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم فأنت طالق، وقال لأمته : إن لم تأكلي الأخرى اليوم فأنت حرة واشتبهت تفاحة الطلاق بتفاحة العتق فعن بعض الأصحاب أن الوجه أن تأكل كل واحدة [منهما تفاحة فلا يقع الطلاق ولا العتق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح والملك والزوال غير معلوم، وعن آخرين أن الوجه أن تأكل كل واحدة][(1)] منهما ما يغلب على ظنها أن يمينها معقودة عليها ويجتهد الزوج معهما، ولو خالع زوجته ذلك اليوم وباع الأمة، ثم جدد النكاح واشترى يخلص وقيل : يبيع الأمة من المرأة في ذلك اليوم وتأكل المرأة التفاحتين ، انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما: أن ما ذكره ليس اختلافاً للأصحاب بل لكل مما ذكره طريق سائغ موافق لقواعدنا أجاب به بعضهم عند السؤال ، وكان الصواب أن يقول : له طريقان، وكلامه يوهم من لا حاصل عنده أن ذلك خلاف حتى وقع فيه النووي في اختصاره «للروضة» فإنه قال : فيه وجهان :

أحدهما: كذا وسرد الكلام إلى آخره فاجتنبه فإنه وهم فاحش وسيأتي من كلام النووي في نظير المسألة ما يوافق الطريق الأول.

الأمر الثاني: أن مسألة الخلع قد ذكرها الرافعي مبسوطة قبل ذلك في الفصل المعقود للتعليق بالتطليق ونفيه، وقد ذكرت لفظه هناك إلا أنه هناك

---

(١) سقط من ب.

فرضها في العمر وهاهنا في اليوم فيكون اليوم كالعمر، وقياس ما ذكره هناك أنه إذا خالع وباع الأمة، ثم عقد عليها أنه لا يتخلص بل ينتظر الحال، فإن أكلتا في اليوم فلا كلام وإلا وقع الطلاق قبل الخلع والعتق قبل البيع وبان بطلانهما.

قوله: وأنه لو قال لامرأتيه :كلما كلمت رجلا فأنتما طالقتان، ثم قال: لرجلين اخرجا طلقتا .

ولو قال : كلما كلمت رجلا فأنت طالق فكلم رجلين بكلمة طلقت طلقتين على الصحيح ، وقيل : طلقة ، انتهى كلامه.

وفي الصورة الأولى منه خلل تبعه عليه في «الروضة» فإن وقوع الطلاق لا يتوقف على القولين لرجلين، فإنه لو خاطب واحدًا وقع الطلاق بلا نزاع وإنما جواب هذا التصوير الحكم بالتعدد أو عدمه ، والقياس : إلحاقه في ذلك بالصورة الثانية ، وحينئذ فصوابه أن يعبر بقوله : طلقتا طلقتين وقيل : طلقة، والظاهر أنه كان هكذا ولكن سقط إما من كلام الروياني أو من كلام الرافعي.

قوله: وأنه لو قال : إن تزوجت النساء أو اشتريت العبيد فأنت طالق لم تطلق إلا إذا تزوج ثلاث نسوة أو اشترى ثلاثة أعبد، انتهى.

وما نقله من اشتراط الثلاثة وأقره ذكر بعده بنحو ورقة في المسائل المنقولة عن البوشنجي نحوه وأقره أيضا فقال: ولو قال : إن كلمت بني آدم فأنت طالق فالقياس أنها لا تطلق بكلام واحد ولا اثنين وهذان الفرعان قد ذكر في آخر الباب الثالث من كتاب الأيمان في الفصل الأول من الفصلين الزائدين ما يخالفهما مخالفة عجيبة وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى فراجعه .

ووقع هذا الاختلاف أيضًا في «الروضة» وذكر الرافعي أيضًا في أوائل القذف أن الناس تتناول الكل ومقتضى هذا أنه لا يحنث بتكليم البعض وهو القياس، لأنه جمع محكي وهو للعموم فلا يحنث بالبعض وإن كان يستحيل

تكليم الكل، كما لو حلف لا يشرب ماء النهر فإنه لا يحنث بشرب بعضه وإن كنا نعلم استحالة شرب الجميع .

قوله: وأنه لو قال : أنت طالق إن لم أطأك الليلة فوجدها حائضا أو محرمة فعن المزني أنه حكى عن الشافعي ومالك وأبي حنيفة ـ رضي الله عنهم ـ أنه لا طلاق فاعترض، وقال : يقع لأن المعصية لا تعلق لها باليمين، ولهذا لو حلف أن يعصي الله تعالى فلم يعص حنث، وقيل : ما قاله المزني هو المذهب واختيار القفال، وقيل : على قولين لفوات البر بالإكراه، انتهى كلامه.

واعلم أن الرافعي قد ذكر نظير هذه المسألة في الباب الثالث من أبواب الأيمان في النوع السابع منه في الكلام على الحلف على استيفاء الحقوق، وجزم فيها بما قاله المزني حكمًا وتعليلاً، وسوف أذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قوله: وأن الوكيل إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع الطلاق عن موكله في الأصح، انتهى.

تابعه عليه في «الروضة» وللوكيل في الفعل ثلاثة أحوال:

أحدهما : أن يقصد إيقاعه عن موكله وهو واضح .

والثاني : أن لا يقصد شيئا فيقع عنه أيضا على الراجح كما تقدم في هذا اللفظ .

والثالث: أن يقول : أتيت به لغرض نفسي ووقوعه عني لا عن الموكل، فمقتضى ما نقله الرافعي هنا وقوعه أيضا لكنه نقل قبيل كتاب الديات عن « فتاوى البغوي » ، ولم يخالفه أن الوكيل في استيفاء القصاص إذا قال : قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل لزمه القصاص، وينتقل حق الموكل إلى التركة هذا كلامه ومقتضاه من هنا أن الطلاق لا يقع، وأنه لابد من عدم

الصارف عن [الموكل] [1] ، ويؤيده أيضًا ما نقله الرافعي في الكلام على الإكراه عن أبي العباس المذكـور أن الوكيل في الطلاق إذا أكره على الطلاق فيحتـمل أن يقال يقع اختيار المالك ويحتمـل أن لا يقع لأنه المباشر قال أبو العباس : وهذا أصح.

قوله: وأنه لو قـال: إن لم أصطد ذلك الطائر اليوم فـأنت طالق فاصطاد طائرًا وادعى أنه ذلك الطائر قبل للاحتمال فإن قال الحالف : لا أعرف الحال واحتمل الأمرين فيحتمل وقوع الطلاق وعدمه ، انتهى.

وهذه المسألة قد اخـتلف فيها تصحيح النووي وسـبق أيضا إيضاح ذلك في آخر الباب الرابع المعقود للاستثناء.

(١) في جـ : التوكيل .

فصل: في مسائل [منقولة عن](١) إسماعيل البوشنجي

قوله في «الروضة» : لو حلف بالطلاق لا تساكنه في شهر رمضان تعلق الحنث بمساكنة جميع الشهر ولا يحنث ببعضه، وبهذا قال إمام العراقيين يعني أبا بكر الشاشي وعن محمد بن يحيى يحنث بمساكنة ساعة منه كما لو حلف لا تكلمه شهر رمضان يحنث بتكليمه مرة ، انتهى كلامه .

هذا النقل عن محمد بن يحيى غلط مخالف لما في الرافعي فإن فيه محمد بن الحسن أي صاحب أبي حنيفة فتحرف على النووي ومراده بأبي بكر الشاشي صاحب « الحلية » ، وتوضيحه أن الرافعي صرح بأن البوشنجي سأله وقد كان في طبقة تلامذته .

قوله نقلا عن إسماعيل البوشنجي أيضًا : أنه لو قال: أنت طالق في الدار، فمطلق هذا يقتضي وقوع الطلاق إذا دخلت هي الدار، انتهى كلامه.

وما نقله عن البوشنجي المذكور من توقف الطلاق على دخول الموضع وأقره قد نقل بعده بنحو ورقة عن البويطي خلافه فقال: ما نصه عن البويطي أنه لو قال: أنت طالق في مكة أو بمكة أو في البحر طلقت في الحال إلا أن يريد إذا حصلت هناك ، وكذا لو قال : في الظل وهما في الشمس بخلاف ما إذا كان الشيء منتظرًا غير حاصل كما إذا قال في الشتاء وهما في الصيف لا يقع حتى يجيء الشتاء . هذا لفظه وحكى العبادي في «الطبقات» أن الصعلوكي حكى عن الربيع أنه إذا قال : أنت طالق في مكة لا تطلق حتى تدخل مكة، قال: وقال ابن سريج : في الحال، انتهى.

فتعارض كلام البويطي مع كلام الربيع .

قوله: وأنه لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين أو ثلاثاً أو عشرًا

---

(١) في ب: ذكرها.

فهو مجمل، فإن قال : أردت أنها تطلق واحدة إن دخلت الدار مرتين أو ثلاثًا يصدق فإن اتهم حلف وإن أراد وقوع الطلاق بالعدد المذكور تقع الثلاث وتلغو الزيادة . انتهى كلامه .

وما ذكره في آخر كلامه من وقوع الثلاث مع كونه قد عبر بأو وتبعه عليه في «الروضة» أيضا وهو غير صحيح ففي الرافعي والروضة الجزم بأنه إذا قال لزوجته : أنت طالق طلقة أو ثلاثا أنه يختبر ويقع ما أراده منهما، والحمل على أنه قد يريد ثنتين وقد يريد ثلاثًا فاسد أيضًا ؛ لأنه جزم بوقوع الثلاث.

قوله: وللدار بستان بابه لافظ فيها انتهى.

واعلم أن صيغة لفظ بالفاء والظاء المعجمة المشالة معناها رمى ، تقول: لفظته من فمي أن رميته ، والمعنى هاهنا أن باب البستان يرمي في الدار ولهذا عبر في «الروضة» بقوله: بابه مفتوح إليها.

قوله: وأنه لو حلف لا يطعنه بنصل هذا الرمح أو نصل هذا السهم فنزع الزج وأدخل فيه رمحًا آخر فطعنه به يحنث . انتهى .

الزج بزاي معجمة مضمومة ثم جيم مشددة هو :الحديدة التي في أسفل الرمح ، والجمع زجاج بكسر الزاي ، وزجة بالكسر أيضًا علي وزن عنبة .

قوله: وأنه لو قال: إن شتمتيني أو لعنتيني فأنت طالق فلعنته لا يقع الطلاق لتعلقه بهما . انتهى .

تابعه في «الروضة» علي هذا الحكم مع تعبيره بقوله: وإن ـ ومن خط النووي نقلت ـ وهو غير مستقيم فإن الرافعي قد ذكر قبيل الكلام على اعتراض الشرط على الشرط أن الشرطين المعطوفين بالواو يمينان سواء تقدما أو تأخرا وتابعه عليه في «الروضة» أيضًا، وحينئذ فيقع الطلاق في مسألتنا باللعن وبالشتم وحده وإنما يستقيم ما ذكره مع حذف واو العطف .

قوله: وأنه لو قال نصف الليل : إن بت مع فلان فأنت طالق فبات معه

بقية الليل طلقت على مقتضى القياس ولا يشترط أن يبيت جميع الليل ولا أكثره، انتهى.

والمختار كما قاله في «الروضة» أن المبيت يحمل مطلقه على أكثر الليل إذا لم تكن قرينة كما سبق في المبيت بمنى قال لكن الظاهر الحنث هنا لوجود القرينة.

قوله: وأنه لو حلف لا يأكل من مال فلان فنثر مأكولاً فالتقطه وأكله حنث، وكذا لو تناهدا فأكل من طعامه، انتهى.

قال في «الروضة» الصورتان مشكلتان والمختار في مسألة النثار بناؤه على الخلاف السابق في الضيف ونحوه أنه هل يملك الطعام المقدم إليه ومتى يملكه؟ وأما بالنسبة للمناهدة وهي خلط المسافرين نفقتهم وإشتراكهم في الأكل من المخلتط ففيها نظر لأنها في معنى المعاوضة، وإلا فتخرج على مسألة الضيف ، هذا كلامه.

وقد ذكر الرافعي المناهدة في آخر الأيمان وفسرها بتفسير هو أعم من هذا التفسير الذي ذكره النووي وذكر أيضًا ما ذكره النووي من التخريج على مسألة الضيف بعد أن نقل عن بعض الحنفية أنه لا يحنث وسوف أذكره هناك والمناهدة بالنون والدال المهملة.

قوله: وأنه لو حلف لا يكلم أحدًا أبدًا إلا فلانًا وفلانًا فكلمهما جميعًا يحنث كما لو قال : لا أكلم إلا هذا وهذا فكلمهما جميعًا، انتهى.

هذه المسألة لم يذكرها في «الروضة» وهذا الحكم إنما يتجه إذا كانت الصورتان بأو لا بالواو.

قوله: وأنه لو حلف لا يصوم زماناً فالقياس أنه يحنث بصوم ساعة من يوم إذا قلنا في من حلف أن لا يصوم يحنث بالشروع فيه، ولو حلف ليصومن أزمنة بر بصوم يوم لاشتماله على أزمنة . انتهى.

أما المسألة الأولى فـقد تحرفت في «الروضة» فوقع فـيها التعبـير بقوله: ليصومن أي : على الإثبات.

وأمـا الثانيـة : فلا يـشتـرط في البر أن يصـوم يومًـا، بل يكفي ثلاث لحظات.

قـوله: وأنه لو قـال : إن كان الله يعـذب الموحـدين فـأنت طالق طلقت. انتهى.

قال فـي «الروضة» هذا إذا قـصد الحلف على عـذاب أحد منهم، فـإن قصد المجموع أو لم يقصد شيئًا لم تطلق لأن التعذيب يختص ببعضهم

قوله: وأنه لو قال: اكررسيه مرين مران فأنت طالق فظاهر اللفظ يقتضي وقوع الطلاق إذا لبسه أو ألقاه على نفسه، انتهى.

هذه المسألةذكرها الرافعي بالفارسية فأسقطها من «الروضة».

قوله: وأنه لو اتهـمتـه امرأته بالغلمان فـحلف أن لا يأتي حرامًـا ثم قبل غـلاما أو لمسـه يحنث لعـمـوم اللفظ بخـلاف مـا لو قالت له : فـعلت كـذا حـرامًا؟ فـقال: إن فـعلت حرامـا فأنت طالـق لأن هاهنا ترتب كلامـه على كلامها وهناك اختلف اللفظ فحمل كلامه على الإبتداء لأنها اتهمته بنوع من الحرام فنفى عن نفسه جنس الحرام، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهـما: أن ما نقله عن البـوشنجي في اللمس من إطلاق الحكم عليه بالتـحريم، وإيقاع الطـلاق به، وتابعه هو والنووي عليـه مسـتقيم عـلى ما صححه الـنووي من تحريم النظر إلى الأمرد بغير الشهـوة فإن ذلك إذا حرم كان تحريم القبلة والمس بطريق الأولى، وأما علي مـا قال الرافعي والجمهور من جواز النظر فالمتجه جواز المس وهذه المسـألة الثانية وهي التي أجاب فيها بعـدم الحنث قـد أسقـطها النووي مـن «الروضة» ، وحكـمهـا مـشكل بل الصواب وقـياس نظائره أنه يحنث ولا أثر لـترتيب كلامـه على كلام غـيره ولهذا لـو قال له قائـل كلم زيداً اليوم، فـقال: والله لا كلمـته ، إنعـقدت

اليـمين على الأبد إلا أن ينوي اليـوم كذا قـاله الرافـعي في أواخـر كتـاب الأيمان.

قوله: وأنه لو حلف لا يأكل من مال ختنه فدفع إليه الدقيق ليخبره فخبزه بخمير من عنده لم يحنث لأنه مستهلك، انتهى.

وما نقله عن العبادي من عدم الحنث وأقره تبعه عليه في «الروضة» أيضًا وهو غير مـستقيم لأن هذا المال مشتـرك بلا شك فيأتي فيه ما قـالوه فيه في الأيمان وهو أنه إن أكل الكل أو شيئا يزيد على حصته حنث وإلا فلا .

والختن بالخاء المعجمة والتاء بنقطتين من فوق هو : زوج البنت.

قوله: ولو قـال : إن لم تكوني أحسن من القمـر ، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق.

قال القـاضي أبو علي الزجاجي والقفـال وغيرهما: لا تطلق، واسـتدلوا بقول الله تعالى: ﴿ لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ﴾ انتهى.

زاد في «الروضة» على هذا فـقال: هذا الحكم والاستـشهاد متـفق عليه وقد نص عليه الشافعي ـ رحمه الله ـ وقـد ذكرت النص في ترجمة الشافعي من كتاب « الطبقات » هذا كلامه .

وما ذكره ـ رحمه الله ـ عن الطبقات سـهو فإن « الطبقات » المذكورة لم يترجم فيها للشافعي فضلا عن كونه ذكر هذا النص فيها، وقد وقع له أيضًا نظير هذا الموضع في كتاب الوليمة.

قوله نقـلاً عن أبي العباس الرويـاني : أن امرأة قالت لزوجـها: اصنع لي ثوبًا ليكن لك فيه أجر،فقال:إن كان لي فيه أجر فأنت طالق فقالت: استفتيت فيه إبراهيم بن يوسف العالم ، فقـال: إن كان إبراهيم بن يوسف [عالماً فأنت طالق، فاسـتفتي إبراهيم بن يوسف](1) في ذلك فقـال: لا يحنث في اليمين الأولى لأنه مباح والمبـاح لا أجر فيه، ويحنث في الثانيـة لأن الناس يسمونني عالماً ، وقـيل : يحنث في الأولى أيضًـا لأن الإنسان يؤجر فـي ذلك أيضًا إذا

---

(١) سقط من أ .

قصد البر ، وحكى الوجهين معًا القاضي الروياني في كتاب « التجربة » وقال : الصحيح الثاني، انتهى.

قال في «الروضة» : لا معنى للخلاف في مثل هذا لأنه إن قصد الطاعة كان فيه أجر ويحنث وإلا فلا، ومقتضى الصورة المذكورة أن لا يحنث لأنه لم يقع فعل بنية الطاعة، انتهى كلامهما .

وما ذكراه معا كلام غير محرر، والصواب ما ذكره الرافعي في أوائل كتاب النذر نقلا عن الأئمة وهو أن المباح إذا قصد به الطاعة فإنه يثاب على القصد الجميل لا على نفس المباح فلابد من مراعاة ذلك هنا، وأما قول النووي أن مقتضى التصوير أنه لا يحنث أنه لم يقع منه فعل بنية الطاعة، وهذا كلام عجيب موهم فإن الثواب لا يتوقف علي الفعل بل إذا قصد أن يفعل بنية الطاعة حصل له الثواب سواء فعله أم لم يفعله ، وأيضًا فإن الفعل هنا لم يقع بالكلية حتى يعدل بنفي الفعل المقيد .

واعلم أن ما ذكره الرافعي في أوائل النذر قد ذكر ما يخالفه في آخر باب القسم والنشوز فقال: إن هجران المرأة بترك الكلام حرام، وقيل مكروه.

قال الإمام: وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً لكن إذا كلم فعليه أن يحنث وهو كابتداء السلام وجوابه.

ثم قال ـ أعني : الرافعي ـ ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لا منع من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد الهجران فحرام كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان لا يحرم ولو قصد بتركه الإحداد أثم هذا كلامه.

وتبعه عليه في «الروضة» وذكر ما يوافق هذا أيضًا في أوائل الشهادات في الكلام على الغناء المحرم.

قوله نقلا عن الشيخ إبراهيم المروروزي : وأنه لو قال : أفرغي هذا البيت من قماشك فإن دخلت ووجدت فيه شيئًا من قماشك ولم أكسره على

رأسك فأنت طالق، فدخل البيت ووجد فيه منحازًا لها ، فقيل : لا يقع للإستحالة ، وقيل يقع عند اليأس. انتهى.

المنحاز بميم مكسورة ثم نون ساكنة ثم حاء مهملة وفي آخره زاي معجمة هو الهاون، ومن كلام العرب له دق دقك بالمنحاز حب الفلفل.

إذا علمت ذلك فالصحيح في هذه المسألة وسائر التعاليق المستحيلة وجه ثالث وهو الحنث الأن ، كذا ذكره الرافعي في الأيمان في أول النوع الثالث المعقود للأكل والشرب فقال : إنه الأشبه، وفي «الروضة» إنه الأصح ، وعللاه بأن العجز متحقق في الحال، وإنما يحسن الانتظار في ما يتوقع حصوله، نعم : إن قال إن طرت أو أحييت ميتًا ونحوه مما جعل فيه الطلاق معلقًا على وجود ما يستحيل وجوده فلا يقع على الصحيح وليس كلامنا فيه.

قوله نقلا عنه : وأنه لو تخاصم الزوجان إلى آخره.

هذه المسألة وقعت في نسخ الرافعي مغيرة كما قاله في «الروضة» قال وقد حققتها من كتاب إبراهيم المذكور فلنذكر عبارة النووي فيها لمعرفة صورة المسألة، فنقول: قال في أصل «الروضة» : وأنه لو تخاصم الزوجان فخرجت مكشوفة الوجه فعدى خلفها وقال كل امرأة خرجت من الدار مكشوفة ليقع بصر الأجانب عليها فهي طالق فسمعت قوله ورجعت ولم يبصرها أجنبي طلقت، ولو قال : كل امرأة لي خرجت مكشوفة ويقع بصر الأجانب عليها فهي طالق فخرجت ولم يبصرها أجنبي لا تطلق، والفرق أن الطلاق في الصورة الثانية معلق على صفتين ولم توجد إلا إحداهما، وفي الأولى على صفة فقط، وقد وجدت هذا كلامه.

قوله نقلاً عن أبي العباس الروياني : وأنه لو حلف أنه لا يفعل كذا فشهد عنده عدلان أنه فعله وظن صدقهما لزمه الأخذ بالطلاق، انتهى.

فظاهره اشتراط العدلين في الإخبار وينبغي الاكتفاء بالواحد عند غلبة الظن وهذه المسألة تشكل على مسألة الإخبار بنقضان الصلاة وزيادتها حيث صححوا هناك عدم الرجوع إلى المخبر، ويجوز أن يكون الروياني هذا ممن يقول في الصلاة بالرجوع إلى قول المخبرين فإن صح عنه لزم القول بعدم الرجوع هنا إلى قولهم، وقوله: يشهد عدلان أنه فعله لابد أن يريد فيه أنك فعلته عمدا وإلا فلا يستقيم إطلاق القول بالحنث ، إلا أن يكون الروياني هذا ممن يرى بحنث الناسي .

وقوله: لزمه الأخذ بقولهم ، يحتمل اللزوم باطنًا ويحتمل ظاهرًا أيضًا حتى أنها تقضي العدة وتنكح غيره من غير إنشاء طلاق ، وهو مشكل ، لإنا لو فتحنا هذا الباب لاتخذه الشهود ذريعة إلى التفريق بين المرء وزوجه عند التعليق على أي فعل كان ولو علق على فعل غيره من غير إستفصال الحاكم لهم فشهد الشهود أنه فعله كان ممن لا يبالي به أو يبالي، والقياس إلحاقه بفعله ولو شهد عنهد عدلان فشك في إخبارهما لم يلزمه الأخذ ويلزم الشهود في جميع الصور أن يشهدوا أنه فعله وطريق الزوج في رفعهم عنه وبقاء الزوجية أن يحلف أنه فعله ناسيًا .

وقوله : فيشهد عنده عدلان يقتضي أنه لو شهد عنده صبيان أو عبيد أو فسقة لم يلزمه الأخذ عند غلبة الظن، وفيه نظر، ولو شهد عنده نسوة أو عبيد عدول لزمه الأخذ، ويحتمل خلافه لأنهم ليسوا مقبولين الشهادة في الطلاق، ولو أخبرته المرأة بأنه فعله وغلب على ظنه لم يلزمه الأخذ لأنها قد تريد قطع نكاحه وكثيراً ما يقع هذا ، لكن إذا كان المدار على غلبة الظن فينبغي طرحه في الجميع ولا ينبغي تقييده بالشهادة، بل إذا غلب على ظنه أنه فعله لزمه الأخذ بالترك، وقد ذكروا في مسألة التحليل فيما إذا أخبر به المرأة فإنها حلت وغلب على ظنه الكذب أنه يجوز النكاح على الأصح، فإذا كان ابتداء النكاح مع غلبة الظن بكذب المخبر فجواز إستدامته مع غلبة

ظن صدق المخبر أولى لأنه يفتقر في الدوام ما لا يفتقر في الابتداء ، ويلزم أبا العباس أن الشهود لو شهدوا عنده أنها حلت وغلب على ظنه الكذب أن لا يجوزه ويجوز أن يكون قائلا به .

ولو علق عتقا أو نذرا على فعله أو فعل غيره أو عبده أو أمته فأخبره عدلان فالعتق نظير الطلاق .

ولو حلف يمينا بالله على عدم الفعل فشهدوا عنده لزمته الكفارة على هذا .

ولو كانت عليه ديون وكفارات فشهدوا عنده بأدائها أوبأداء زكاة أو صلاة أو حج أو صوم أو رد لقطته أو وديعة أو عارية أو مغصوبة وغلب الصدق فينبغي القبول فيما عدا الصلاة .

ولو شهدوا بإبراء أو استيفاء أو قرض أو رهن أو إجارة أو تزويج بنته أو أمته أو غيرهما من غيره أو باستيلاده أمته أو تدبيرها أو وقفها أو بجميع ما يتعاطاه المكلف فهذه مسائل ينبغي الإعتناء بتحريرها .

وإيضاح قول أبي العباس في أصل المسألة وإيضاح محله هل هو عند الفعل عمدا أو سهوا؟ وأن ما قاله هل يطرد في جميع هذه الصور ، وتبين مذهبه في حنث الناسي والجاهل وفي مسألة الصلاة أعني من قول المخبر وقول المرأة للزوج إنك فعلته هل يلزمه مع غلبة الظن ؟ وهذه المسائل لم يتعرض لها أحد.

فصل: قد بقي من كلام الرافعي ألفاظ لم يتقدم ضبطها

منها : المأتم .

بفتح التاء المثناة من فوق قال الجوهري: مدلوله عند العرب النساء يجتمعن في الخير والشر، وعند العامة المصيبة يقولون : كنا في مأتم فلان، قال : والصواب أن يقال: كنا في مناحة فلان.

ومنها قولهم: سجر التنور بمعنى : أحماه ، هو بالسين المهملة وبالجيم قال تعالى: ﴿وإذا البحار سجرت﴾.

ومنها : توابل القدر أن الحوائج الموضوعة فيها للإصلاح وهي بالتاء المثناة ومفرده تابل بفتح الباء وكسرها ، يقال فيه : توبلت القدر .

كتاب الرجعة

وفيه فصول الأول في:

أركانها

قوله: يقال فلان علي امرأته رجعة ورجعة والفتح أفصح، انتهى.

لم يبين اللغة الأخري التي هي مقابل الفتح وهي بالكسر لا بالضم، وقد صرح ببيانها في أصل «الروضة».

قوله: وينبغي أن يجوز للولي الرجعة حيث يجوزله ابتداء النكاح لكن إذا جوزنا التوكيل بالرجعة وهو الأظهر، انتهى.

وما ذكره بحثًا من الجواز تفريعًا على جواز التوكيل جزم به في «المحرر» وصوره في المجنون وجزم به أيضا الجيلي في شرحه.

قوله: وفي لفظ الرد وجهان: أصحهما : أنه صريح لورود القرآن، والسنة به قال الله تعالى:﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾، وروى أنه ﷺ قال لركانة: «ارددها » وعلي هذا فيشترط أن يقول رددتها إلي أو إلى نكاحي في أظهر الوجهين، انتهى.

أما تصحيح الصراحة فقد نص في «الأم» على خلافه ، وأما تصحيحه في إلى أو على ونحوهما الاشتراط فقد تبع فيه الغزالي في «الوسيط» وعبر بالأظهر كما عبر،والمشهور كما قاله ابن الرفعة في «الكفاية» عدم الاشتراط، وركانة : براء مهملة مضمومة وبالنون.

قوله: ولو قال: أمسكتك ففيه وجهان :

أحدهما: أنه ليس بصريح وإلى ترجيحه ذهب الشيخ أبو حامد والقاضيان أبو الطيب والروياني وغيرهم.

والثاني: أنه صريح ويحكي عن أبي الطيب بن سلمة، والأصطخري وابن القاص وفي «التهذيب»أنه الأصح، انتهى ملخصًا .

لم يصحح شيئاً في «الشرح الصغير» وصحح في «المحرر» أنه صريح، وعبر بالأظهر ونقله عنه في «الروضة»وسكت عليه والصواب أنه كناية فقد قال في «البحر» : إن الشافعي نص عليه في عامة كتبه.

قوله: ولو قال : تزوجتك أو نكحتك فوجهان:

أحدهما: أنهما صريحان في الرجعة لأنهما صريحان لابتداء العقد والتدارك أولى .

وأصحهما: على ما ذكر في «التهذيب» المنع ، وعلى هذا ففي كونه كناية وجهان. انتهى ملخصًا .

والأصح ما ذكره في التهذيب» وهو أنه ليس بصريح ففي المحرر أنه الأظهر وفي «الشرح الصغير» أنه الأصح وصححه أيضا النووي في أصل «الروضة» وأما الوجهان الأخيران فالأصح منهما أنه كناية كذا ذكره الرافعي في «الشرح الصغير» فإنه قال: وعلى هذا ففي كونه كناية الخلاف المذكور في الإمساك . هذا لفظه . والصحيح في الإمساك إذا قلنا ليس بصريح أن يكون كناية ، وصححه أيضا النووي في أصل «الروضة» .

وأما الوجهان الأخيران فالأصح منهما أنه كناية كذا ذكره الرافعي في «الشرح الصغير» فإنه قال: وعلى هذا ففي كونه كناية الخلاف المذكور في الإمساك هذا لفظه .

والصحيح في الإمساك إذا قلنا ليس بصريح أن يكون كناية وصححه أيضا النووي في «الروضة» من غير تنبيه عليه بل أدخله في كلام الرافعي فتفطن له ولم يتعرض لذلك في «المحرر» بل في «المنهاج» فإنه اختصر قول «المحرر» فإن التزويج والنكاح كنايتان فأهمل ما ذكره الرافعي وتعرض لما لم يذكره.

قوله: ويجري الخلاف في ما لو جرى العقد على صورة الإيجاب

والقبول قال الروياني: لكن الأصح هنا الصحة لأنه آكد في الإباحة، انتهى.

والصحيح هو الصحة كذا صححه النووي في « فتاويه » .

قوله: وصرائح الرجعة محصورة في أظهر الوجهين كصرائح الطلاق.

والثاني: لا، بل تنعقد بما يؤدي معناه مثل رفعت التحريم، وأعدت الحل، بخلاف الطلاق فإنه يشتمل على أحكام غريبة لا يحيط بها أهل اللغة فتؤخذ صرائحها من الشرع، انتهى ملخصًا .

واعلم أنه قد قال في كتاب الطلاق : أنه إذا اشتهر لفظ كحلال الله علي حرام كان صريحًا في الأصح، والذي قاله هنا مناف للمذكور هناك.

قوله: من زوائده، ولو كان تحته حرة وأمة فطلق الأمة طلقة رجعية فله رجعتها قاله إبراهيم المروذي، انتهى.

وهذه المسألة مشهورة فقد ذكرها صاحب «التتمة» وقال : المذهب الجواز، وذكرها القاضي الحسين في « تعليقه » وخرجها على أن الرجعة استدامة أو ابتداء ؟ والصحيح أنها : استدامة .

قوله: ولو قال: الزوج طلقتك في رمضان فقالت: بل في شوال فقد غلظت علي نفسها فتؤاخذ بقولها، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» لكن التغليظ عليها إنما هو بالنسبة إلى تطويل العدة خاصة، وأما النفقة في العدة الزائدة علي ما يقوله الزوج فإنها تستحقها كما تعرفه في كتاب العدة ، وصرح به هاهنا ابن الصباغ والخوارزمي في «الكافي».

قوله: ومهما ادعت وضع الحمل أو اسقاط السقط أو إلقاء المضغة صدقت بيمينها في ظاهر المذهب، وقال أبو إسحاق المروزي : تطالب بالبينة إذا ادعت وضع الولد الكامل أي التام [الخلق](1) لأن الظاهر أن القوابل يشهدن الولادة، وعن الشيخ أبي محمد وجه في السقط مثله لأن ما نالها من العسر يمكنها من الإشهاد، وقيل لا تصدق إذا ادعت وضع الحمل الميت ولم

---

(1) في أ ، جـ : المدة .

تظهره، ثم قال بعد ذلك وفي «التتمة» وجه شامل أنها لا تصدق في دعوى الولادة، انتهى ملخصًا.

فيه أمور:

أحدها: أن ما نقله عن أبي إسحاق قد تبع فيه المتولي مع أن أبا إسحاق ليس جازما به، ثم قال: يحتمل أن تصدق فيه أيضاً لأنه ربما غلطت في الحساب فولدت قبل أوان الولادة في ظنها ولم تحضرها القوابل.

الثاني: أن الوجه الذي نقله الشيخ أبو محمد في السقط لا نقول بعكسه في دعوى الولادة بل تقول به فيها أيضا بطريق الأولى، وقد نقله عنه كما ذكر به الإمام والغزالي في «البسيط» كلاهما في كتاب العدد فتفطن له، وعلله الغزالي بقوله لأن ما ينالها من العسر في وضعه يقتضي التمكن من الإشهاد.

الأمر الثالث: أن الوجه الذي نقله عن «التتمة» هو الوجه الذي نقله قبل ذلك عن أبي إسحاق بعينه، فإن أراد بقوله بالولد في ما نقله عن «التتمة» ما يشمل السقط فهو تكرار أيضًا لأنه الوجه الذي نقله عن الشيخ أبي محمد بعينه، وهذا الوهم إنما جاء من تقييد الرافعي بالولادة ولم يخصه في «التتمة» بذلك حكاه في الولد والسقط والمضغة فذهل الرافعي فعبر بما عبر فلزم التكرار وقد سلمت «الروضة» من ذلك فنقله على الصواب وقد تحصلنا في المسألة على وجوه .

أصحها : تصديقها في الولد، والسقط والمضغة سواء أجهرت للكامل أم لا.

والثاني: لا تصدق مطلقا بل تطالب بالبينة، وهو ما نقله في «التتمة».

والثالث: قول أبي إسحاق أنها تطالب بها في الولد حيا كان أو ميتا دون السقط و المضغة.

والرابع: ما نقله الشيخ أبو محمد تطالب في الولد والسقط دون

المضغة.

والخامس: إن أظهرت الولد لم تطالب وإلا طولبت .

وقد اختصر هذه المسألة في «الروضة» إختصارًا جيدًا فتأمله.

قوله: في «الروضة» قال الأئمة وإنما يصدقها في ما يرجع إلى العدة بشرطين :

أحدهما : أن يكون ممن يختص، والثاني: أن يدعي الوضع لمدة الإمكان، انتهى كلامه .

فيه أمران :

أحدهما : أنه احترز بقوله : في ما يرجع إلى العدة عن إلحاقه بالزوج فإنه لا يرجع إليها فيه، وقد صرح به الرافعي هنا فقال ما نصه، وإنما تصدق فيما يرجع إلي إنقضاء العدة، فأما في ما يرجع إلى النسب والإستيلاد إذا إدعت الأمة الولادة فلابد من البينة، وإنما تصدق في ما يرجع إلى إنقضاء العدة بشرطين هذا لفظه، والظاهر أنه أسقطه من «الروضة» نسيانًا أو لغلط في النسخة.

الأمر الثاني: أن اشترط كونها ممن تحيض هو بناء على أن من لا تحيض لا تحبل وفيه اضطراب يأتي إيضاحه في كتاب العدد.

قوله: في المسألة ويختلف الإمكان بحسب دعواها، فإن إدعت ولادة ولد تام فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من حين إمكان اجتماع الزوجين لحظة لإمكان الوطيء ولحظة للولادة، فإن إدعت لأقل من ذلك لم تصدق، وكان للزوج رجعتها فإن إدعت إسقاط سقط ظهرت فيه الصورة فأقل مدة إمكانه أربعة أشهر ولحظتين ، وإن إدعت إلقاء مضغة لا صورة فيها فأقل مدة إمكانها ثمانون يومًا ولحظتان ، انتهى كلامه.

وما ذكره في إلقاء ما ظهر فيه التصوير من إشتراط أربعة أشهر قد خالفه

في كتاب العدد في الكلام على عدة الصغيرة والآية فجزم باعتبار شهرين وسوف أذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله: فأقل مدة يمكن انقضاء العدة فيها إذا طلقت في الطهر إثنان وثلاثون يوما ولحظتان ، انتهى.

سيأتي عقبه أن اللحظة الثانية ليست من العدة على الصحيح، وإنما هي لاستيقان انقضاء العدة وحينئذ فلا يستقيم هذا التعبير، واعلم أنهم لم يتعرضوا هنا لمدة إمكان المستحاضة، وقد ذكروه في باب العدة.

قوله: وإن كانت لها عادة مستقيمة دائرة على ما فوق الأقل فتصدق في إنقضاء العدة على وفق العادة، فإن إدعت الانقضاء بما دونها فوجهان:

أحدهما: عند الأكثرين أنها تصدق باليمين أيضًا لأن العادة قد تتغير.

والثاني: المنع، وعن الشيخ أبي محمد أنه المذهب، قال الروياني: وهو الاختيار في هذا الزمان، انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» أيضا ومقتضاه أن الحكم بالإنقضاء هو المعمول به لكن نص الشافعي في «الأم»على خلافه فقال في باب ما يكون رجعة: وإن قالت : قد حضت في أربعين ليلة ثلاث حيض وما أشبه هذا نظر إن كانت هي قبل الطلاق أو غيرها من النساء يذكر ذلك صدقت.

ثم قال ما نصه: وإن لم تكن هي ولا أحد من النساء يذكرن مثل هذا لم تصدق هذا لفظه بحروفه ومن «الأم» نقلت.

قوله: لو قال : إن ولدت فأنت طالق فولدت فأقل زمن يمكن إنقضاء أقرائها فيه مبني على أن الدم الذي تراه في الستين هل يجعل حيضًا ؟ وفيه خلاف والأصح : أنه حيض، انتهى.

صورة المسألة أن تراه بعد أقل الطهر وإلا فيكون نفاسًا.

قوله: فإن جعلناه حيضًا فأقل زمن تصدق فيه سبعة وأربعون يومًا ولحظة كما لو طلقت في الحيض فتعذر كأنها ولدت ولم تر ماء وتعتبر مضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض والطعن في الحيضة الرابعة وإن لم نجعله حيضًا لم تصدق فيما دون اثنين وتسعين يوما ولحظة منها ستون للنفاس، ويحسب ذلك قرأ، والذي بعدها مدة حيضتين وطهرين واللحظة فللطعن في الحيضة الثالثة، هكذا ذكره البغوي ولم يعتد المتولي بالنفاس قرأ، واعتبر مضي مدة وسبعة أيام ولحظة وهي مدة النفاس ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين واللحظة للنفاس، انتهى.

تابعه في «الروضة» على حكاية الخلاف من غير ترجيح، والصحيح ما قاله المتولي فقد جزم به الرافعي وغيره في كتاب العدد في الكلام على اجتماع عدتين من شخصين، وقد حملت من أحدهما ولم يعلم وكان الطلاق رجعيًا، فإنهم قد قالوا هناك : إن زمن النفاس لا يحسب من العدة إلا أن الفوراني قد وافق البغوي والخلاف في المسألة ينبني على أنه هل يشترط أن يكون بين دم النفاس ودم الحيض أقل الطهر أولا يشترط ؟ فإن قلنا باشتراطه جعلنا له حكم الحيض وهو رأي البغوي، وإن قلنا بعدم اشتراطه وهو الأصح الذي قاله المتولي فلا يجعل له حكم الحيض.

قوله: الرجعة مختصة بعدة الطلاق فلو وطيء الزوج الرجعية في العدة فعليها أن تستأنف ثلاثة أقراء من وقت الوطء ، انتهى .

وأول الزمن الذي يستأنف فيه العدة هو من حين فراغ الوطء كذا ذكره الرافعي في كتاب العدد في تداخل العدتين نقلا عن المتولي وأقره.

قوله: ولو وطئها الزوج فأحبلها أعتدت بالوضع عن الوطء، وفي دخول ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء وجهان أظهرهما: الدخول ، فإن قلنا: لا تدخل فإذا وضعت رجعت إلى بقية الأقراء وللزوج الرجعة في تلك

البقية، ثم قال: وهل له ذلك قبل الوضع؟ فيه وجهان أصحهما على ما ذكر في «التتمة» الثبوت لبقاء عدة الطلاق عليها، انتهى.

لم يصرح أيضا بتصحيح في «الشرح الصغير» وإنما نقله عن صاحب «التتمة» والأصح ما صححه في «التتمة» كذا صححه النووي في أصل «الروضة» ولم يتعرض للمسألة في «المحرر» ولا في مختصره.

الفصل الثاني: في أحكام الرجعة

قوله: وكما يحرم وطيء الرجعية يحرم سائر الاستمتاعات كاللمس والنظر بالشهوة، انتهى.

وتقييده النظر بما إذا كان بالشهوة مشعر بجوازه إذا لم يكن كذلك، وعبر في «الروضة» بقوله : يحرم وطيء الرجعية ولمسها والنظر إليها وسائر الاستمتاعات ، وهذه العبارة أخف من تعبير الرافعي وإن كان التعبير بسائر وهو الباقي يشعر بأن ما سبق مفروض أيضًا مع الاستمتاع ، فإن قلت : فما الذي بقي من الاستمتاعات حتى يعبر في «الروضة» بلفظ سائر، قلت: التقبيل والمعانقة مع الساتر للبشرة وإن كان بحضرة من تزول معه الخلوة المحرمة.

قوله: فإن وطيء عزر معتقد التحريم ، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» وهو يعارض قولهم : إن الإنكار لا يكون في المختلف فيه ، وفيه كلام تعرفه في السير وغيره.

قوله من « زوائده » : والمختار من الخلاف في أن الرجعية زوجة أم لا ؟ ما اختاره الرافعي أنه لا يطلق ترجيح ونظيره القولان في النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أم جائزه ؟ وأن الإبراء إسقاط أم تمليك ؟ ويختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض ، انتهى .

وما إختاره هنا في النذور والإبراء مخالف لما قال في بابها، وقد سبق ذكر الابراء في بابه ويأتيك النذر في بابه إن شاء الله.

قوله: وإن اختلفا فقال: راجعتك قبل إنقضاء العدة وقالت: بل بعد إنقضائها ، نظر : إن إتفقا على وقت واحد فالقول قول من تعلق به الشيء

المتفق عليه على وقت الرجعة، واختلفا في إنقضاء العدة صدق الزوج، وإن كان بالعكس صدقت المرأة، وإن لم يتفقا فالقول قول السابق، انتهى ملخصًا.

وذكر ما يخالف ذلك في آخر الباب الأول من أبواب العدة إلا أنه ليس في غير المسألة، بل في ما إذا ولدت فطلقها واختلفا في المتقدم منهما فقال: إن اتفقا على وقت أحدهما فالعكس مما تقدم، وإن لم يتفقا صدق الزوج ووقع الموضعان كذلك في «الروضة».

قوله: وإذا كانت العدة باقية واختلفا في الرجعة فالقول قول الزوج ثم قال: وإذا قبلنا قوله فقد أطلق جماعة منهم صاحب «التهذيب» أن إقراره ودعواه إنشاء، وحكى ذلك عن القفال، وذكر الشيخ أبو محمد أن من قال به يجعل الأقرار بالطلاق إنشاء أيضًا، قال الإمام: وهذا لا وجه له فإن الإقرار والإنشاء متنافيان، انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» أيضًا، والصواب: أنه رجعة كذلك نص عليه الشافعي فقال في «الأم» في ما يكون رجعة ما نصه: قال الشافعي: وإذا قال لها في العدة قد راجعتك أمس أو يوم كذا ليوم ماض بعد الخلاف كان رجعة وهكذا لو قال: قد كنت راجعتك بعد الطلاق، هذا لفظه بحروفه ومن «الأم» نقلته، وذكر مثله في « البويطي » أيضًا وهو صريح في كونه إنشاء.

قوله: القسم الثاني: إذا نكحت زوجا بعد العدة فجاء الأول وادعى الرجعة ففي سماع دعواه على الزوج وجهان:

أصحهما عند الإمام: لا، لأن الزوجة ليست في يده.

والثاني: نعم، لأنها في حباله وفراشه، وبهدا قطع المحاملي وغيره من العراقيين، فإذا ادعى عليها فإن أقرت بالرجعة لم يقبل إقرارها علي الثاني، ثم قال ما نصه: بخلاف ما لو ادعى علي امرأة في حبالة رجل أنها زوجته فقالت: كنت زوجتك فطلقتني فإنه يكون إقرارًا له وتجعل زوجة له والقول

قوله في أنه لم يطلقها لأنه لم يحصل الاتفاق على عدم الطلاق وهنا حصل والأصل عدم الرجعة، انتهى كلامه.

وما ذكره في آخر كلامه من تسليم المرأة إلى الأول قد تابعه عليه أيضًا في «الروضة» وكيف يستقيم ذلك مع أنه قد سبق تعلق حق الأول وقد صحح الرافعي في ما إذا باع شيئًا ثم اعترف بعد البيع، بأنه كان ملكا لغيره أنه لا يقبل لأنهما قد يتواطآن على ذلك، ولعل المسألة مصورة بما إذا أثبت نكاح الأول .

قوله: في المسألة فإن ادعى على الزوج فإن أنكر صدق بيمينه ، وحينئذ فإن حلف حكم له وإن نكل ردت اليمين على المدعي، فإن حلف حكم بارتفاع نكاح الثاني ولا تصير المرأة للأول بيمينه، ثم إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبينة، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح ولا شيء لها على الثاني إلا مهر المثل إن دخل بها، وإن قلنا : إنها كالإقرار فإقراره عليها غير مقبول فلها كمال المسمى إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله.

قال في «التهذيب»: والصحيح عندي أنها وإن جعلت كالبينة لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى، بل يختص أمر اليمين المردودة بالمتداعيين، انتهى كلامه.

وما ذكره هاهنا من أنا إذا جعلناها كالبينة يكون كما لو لم يكن بينهما نكاح حتى لا يجب لها عليه شيء إذا لم يدخل بها، تبعه عليه في «الروضة» أيضا وهو خلاف الصحيح فتفطن له .

وذلك لأن الصحيح المعروف في المذهب على ما ستعرفه في كتاب الدعاوى هو ما قاله البغوي هنا وهو اختصاص أثر اليمين المردودة بالمتداعيين فقط والغريب أن الرافعي قد صرح قبل هذا الموضع بأسطر قلائل بكونها لا تتعدى إلى ثالث، وتبعه عليها في «الروضة» أيضًا فكيف غفل عنه في هذا الزمن الطيف.

قوله: ولـو زوجت المرأة وهي ممن يحتـاج إلى رضاها فقـالت: لم أرض بعقد النكاح ثم رجعت فقالت: رضيت وكنت أنسيته فوجهان : أظهرهما : عند الغزالي أنه يقبل ، والمنصوص أنه لا يقبل، انتهى ملخصًا .

وهو صـريح في قبـول قولهـا أنها لم تكن راضـية بعـد النكاح، وهذه المسألة قد ذكـرها الرافعي قبيل الصـداق نقلاً عن البغوي فـقال: إن أقامت معه لم يقبل قولها وإلا قبل منها.

قوله: لو قال طلقتـها بعد الدخول فلي الرجعة فـأنكرت الدخول فالقول قولها بيمينها فإذا حلفت فـلا رجعة ولا سكنى ولا نفقة ولا عدة، ثم هو مقر لها بكمال المهر وهي لا تدعي إلا نصفه، فـإن كانت قبضت الجميع فليس له مطالبـتهـا بشيء وإن لم تقبـضه فـليس لها إلا أخـذ النصف فإذا أخـذته ثم عادت واعـترفـت بالدخول فـهل لها أخـذ النصف الآخر أم لابد من إقـرار جديد من الزوج؟ فيه وجهان حكاهما إبراهيم المرزوي، انتهى.

ذكر مثله في «الروضـة» والأصح الوجه الثاني كذا صحـحه الرافعي في كتاب الإقـرار، ثم إن كلامه هنا يشعـر باستغراب الخلاف وهو مـشهور في المختصرات فإنه فرد من أفراد ما إذا كذب المقر له ثم رجع .

قوله: وفي «شرح المفـتاح» لأبي منصور البغدادي أنها لو كـانت قبضت المهر وهو عين وامتنع الزوج من قبول النصف فـيقال له : إما أن تقبله وإما أن تبريها منه، انتهى.

وهذا الكلام من تتمـة ما ذكره في المسـألة السابقة وهو أنها إذا قـبضت الجميع فليس له مـطالبتها بشيء وهذا الذي نقله الرافـعي، وأقره عجب منه لأن البراءة من الأعيـان لا تصح، والإجبار على أخذه كيف يسـتقيم مع أن المرأة تدعي إنتقـاله إلى ملك الزوج، ومن أقر لشـخص بشيء وهو ينكره، فـإن المقر له لا يجـبر على قـبوله، بـل يترك في يد المقـر على الأصح في المسألتين .

إذا علمت هذا فمراد الرافعي إنما هو إستحباب التلطف من القاضي في قول ذلك للزوج كما سبق مثله في الوكالة عند الاختلاف ولهذا لم يعبر هاهنا بالوجوب، بل بقوله : فيقال له ، والمراد بالإبراء هو إيقاع شيء يحصل به خلاص المرأة والتعبير عنه بالإبراء صحيح.

قوله: في المسألة ولو كانت العين المصدقة في يده وامتنعت من أخذ الجميع أخذه الحاكم، وإن كان ديناً في ذمته قال لها: إما أن تبرئيه وإما أن تقبليه، انتهى.

ذكر مثله في «الروضة» أيضا وهو غير مستقيم، أما في العين فلأن من أقر لشخص بها وهو ينكرها فإنها لا تنزع منه، بل تقر في يده كما سبق.

وأما في الدين فلأنها لا تدعي إستحقاقه حتى يلزمها الأخذ والبراءة منه وينبغي تأويله بما ذكرناه قريبا من التلطف ولكن الظاهر أن الرافعي ذكره ذهولاً ولم يرد ما ذكرناه، وقول الرافعي في هذا الفصل أنه لا نفقة يأتي فيه ما في المهر، وقد يكون ذهولاً.

قوله: وفي «التتمة» أنه لو طلق زوجته الأمة واختلفا في الرجعة فحنث قلنا: إن القول قول الزوج إذا كانت المطلقة حرة فكذلك هاهنا وحيث قلنا أن القول قول الزوجة فهاهنا القول قول السيد لأن نكاح الأمة حقه، وقال في «التهذيب» هو مذهب الشافعي فقد نص عليه في «الأم» في باب الوقت الذي تكون فيه الرجعة، فقال ما نصه: وإذا قضت فقال قد كنت راجعتك في العدة وصدقته فالرجعة ثابتة، فإن كذبته بعد التصديق أو كذبته قبل التصديق ثم صدقته كانت الرجعة ثابتة وهكذا لو كانت زوجته أمة فصدقته كانت كالحرة في جميع أمرها، ولو كذبه مولاها لم أقبل قوله: لأن التحليل بالرجعة والتحريم بالطلاق فيها ولها هذا لفظه بحروفه.

وذكر في « البويطي » مثله أيضا ومن الأم والبويطي نقلت، وقد رجح

في «الروضة» من زوائده ما في «التتمة» فقال واختار الشاشي ما ذكره المتولي وهو قوي والله أعلم.

وهذا الكلام مردود ودليل على عدم اطلاعه على كلام إمام المذهب، وحامل على العمل بقول متأخر لم يطلع على كلام إمامه.

كتاب الإيلاء

وفيه بابان:

الأول: في أركانه

قوله في «الروضة»: الركن الأول: الحالف وشرطه أن يكون زوجًا يتصور جماعه بالغًا عاقلاً.

أهمل أمرين:

أحدهما: كونه مختاراً فلا يصح إيلاء المكره.

والثاني: السكران فإنه غير عاقل ويصح إيلاؤه، وهذا الثاني لا يرد على الرافعي فإنه شرط فيه التكليف والسكران مكلف، وفي هذا الثاني كلام مذكور في أوائل البيع ينبغي مراجعته.

قوله: فمن جب ذكره وآلى فقد ذكر الأصحاب فيه طرقًا أظهرها: قولان، اختار المزني أنه لا يصح وهو أصح على ما ذكره أبو الطيب والروياني والطريق الثاني القطع بالبطلان.

والثالث: القطع بالصحة، انتهى ملخصًا.

وقد اختصر في «الروضة» هذا الكلام بقوله: فمن جب ذكره لا يصح إيلائه على المذهب، هذا لفظه من غير زيادة عليه، فلم يستوف الطرق لأن لفظ المذهب يصدق بطريقين ولم يبين أيضًا الأصح منهما أي من الطرق إذ لا اصطلاح له فيه، بل تارة يكون الأصح طريقة الخلاف وتارة طريقة القطع.

قوله: قال في «الشامل» لكن إذا صححنا الإيلاء من الإبقاء فلا تضرب مدة الإيلاء لأن الامتناع بسبب من جهتها كما إذا آلى عن الصغيرة لا تضرب المدة حتى تدرك، انتهى كلامه.

وهو يشعر بأن المدة لا تضرب في الصغيرة إلا بعد بلوغها لأن الإدراك هو البلوغ كما قاله الجوهري وغيره من أهل اللغة، وليس كذلك بل تضرب المدة إذا كانت في سن يحتمل الجماع أو وصلت إليه، كما صرح به بعد ذلك في أول الباب الثاني فينبغي حمل الإدراك هنا على الوصول إلى هذا السن لا إلى سن البلوغ، والتعليل يرشد إليه أيضا.

قوله: وإن آلى ثم فاء بالوطء فلا كفارة عليه، وعن أحمد أنه تلزمه كفارة اليمين لأنه قد حلف بالله تعالى وقد قال ﷺ: «من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه».

وفي القديم قولان: أحدهما: هذا، والثاني: لا كفارة عليه، انتهى كلامه بحروفه.

والذي قاله في أول كلامه من عدم وجوب الكفارة، وإسناده إياه إلى الجديد سهو فاحش مخالف لما ذكره في آخره، بل الجديد وهو المعروف في المذهب وجوبها، وقد ذكره في «الشرح الصغير» على الصواب فقال: فإذا حلف بالله أو ببعض صفاته انعقد الإيلاء ثم إذا وطئها وقد طولب بالنية أو الطلاق، فالقول الجديد وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد: تلزمه كفارة اليمين، لأنه قد حنث في اليمين بالله تعالى، ثم ذكر ما نقلناه عنه في «الكبير» وهو يدل على أن «الكبير» قد سقط منه شيء.

لا جرم أن النووي قد اختصره في «الروضة» على الصواب فقال: المذهب: الجديد، وأحد قولي القديم أنه تلزمه الكفارة.

قوله: ولو قال إن وطئتك فكل عبد يدخل في ملكي فهو لغو، ثم قال وكذا لو قال: فعلي أن أطلقك لأنه لا يلزمه بالوطء شيء، انتهى كلامه.

وما ذكره في المسألة الثانية، وهي التزام المباح طلاقًا كان أو غيره من أنه لايلزمه به شيء تابعه عليه في «الروضة» أيضًا والمسألة قد اختلف فيها كلامه وكذلك كلام النووي أيضًا، وسوف أذكر ذلك في كتاب النذر مبسوطًا إن

شاء الله تعالى فراجعه.

قوله: ولو قال: إن وطئتك فعبدي حر قبله بشهر فإنما يصير مؤليًا إذا مضى شهر من وقت تلفظه لأنه لو وطئها قبل تمام شهر لم يعتق وينحل الإيلاء بذلك الوطء فإذا مضى شهر ولم يطأ ضربت مدة الإيلاء ويطالب في الشهر الخامس هذا ما ذكروه هاهنا ويجيء فيه وجه أنه لو وطيء قبل الشهر عتق كما سبق في نظيره من الطلاق فعلى هذا يصير مؤليا في الحال، انتهى كلامه.

وما ذكره بحثاً من مجيء وجه في مسألتنا، واقتضى كلامه أنهم لم يذكروه، وتبعه عليه في «الروضة» وليس كذلك فقد حكاه الفوراني في «الإبانة» ، وحكى في مسألة الطلاق أنه لابد بعد مضي الشهر من مضي زمن يقع فيه الطلاق فليكن الحكم هاهنا كذلك إذا فرعنا على الصحيح.

قوله: الثالثة: إذا قال لامرأتيه إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق وعين بقلبه واحدة منهما وامتنع بعد المدة من بيانها، قال ابن الحداد وكثيرون: يطلق القاضي إحداهما على الإبهام، وعن القفال أنه مخالفه في ذلك، ثم قال ما نصه: وإذا قيل أي بقول ابن الحداد فلو قال الزوج: راجعت التي وقع عليها الطلاق ففي صحة الرجعة هكذا وجهان سبقا في الرجعة، وبالصحة أجاب ابن الحداد وعلى هذا تضرب المدة مرة أخرى علي الإبهام، ويطلق القاضي على الإبهام مدة أخرى، وهكذا إلى استيفاء الثلاث والأظهر أن الرجعة لا تصح على الإبهام، بل تبين المطلقة أولا، ثم يراجع إن شاء، انتهى كلامه.

والتفريع الذي ذكره على قول ابن الحداد قد تابعه عليه في «الروضة» وهو سهو فإن الكلام مفوض في ما إذا نوى واحدة معينة، ومحل الوجهين على ما ذكره في كتاب الرجعة إنما هو في الطلاق المبهم.

وقد صرح الرافعي هنا بأن طلاق القاضي يصادق المعينة، وإذا وقع

الطلاق على معينة وهو يعلمها إذا الفرض أنه الذي عينها لم يتصور معه القول بعدم صحة رجعتها فثبت أن هذا التفريع إنما محله في ما إذا لم ينو معينة فنقله الرافعي إلى غيره، وقد أتى به في «الوسيط» على الصواب فقال: وإن أبهم ففي صحة الرجعة قبل التعيين وجهان.

قوله: قال الإمام والذي أراه أن الوطء في الدبر كهو في القبل في حصول الحنث استدرك عليه في «الروضة» فقال: قلت: هذا الذي قاله الإمام متفق عليه، صرح به جماعات من أصحابنا، وقد نقله صاحب «الحاوي» و«البيان» عن الأصحاب، والله أعلم.

وما ادعاه النووي ـ رحمه الله ـ من الاتفاق ليس كذلك فقد حكى الغزالي في الفتاوى فيه خلافا وزاد على ذلك فقال الأولى أن لا يحنث ونقله عنه أيضا ابن الرفعة في «الكفاية».

قوله: لو قال: لا أجامعك في سنة إلا مرة فمضت السنة ولم يطأ فهل تلزمه كفارة لاقتضاء اللفظ الوطء أم لا لأن المقصود منع الزيادة؟ وجهان حكاهما ابن كج، قال في «الروضة» من زوائده أصحهما: لا كفارة والله أعلم.

وفيه أمران:

أحدهما: أنه قد تقدم في أواخر تعليق الطلاق في نظير هذه المسألة أنه لابد من مراجعة الحالف فإن لم يرد شيئا فهو الخلاف ولابد من مجيء ذلك أيضا في مسألتنا فاعلمه.

الأمر الثاني: إن قيل مذهبنا أن الاستثناء من النفي إثبات فكيف ارتضيتم ما صححه النووي هنا؟ فالجواب: أنا لم نخالف القاعدة، بل هو إثبات أيضا وذلك لأنه في مثالنا وهو المستقبل قد منع نفسه من وطيء غير المرة وأخرج المرة بعضهم بقول الثابت بعد الاستثناء نقيض الملفوظ به قبله فعلى

هذا إذا لم يطأ المرة يحنث لأن الثابت فيهما الوطء إذ هو يقتضى ما قبلها، وبعضهم يقول الثابت يقتض ما دل عليه لفظ وهو الامتناع فعلى هذا إذا انتفى الامتناع من يثبت التخيير فيها، وهذا كله بخلاف ما إذا كان الحلف على ماض أو حاضر، فإنه إذا قال مثلا والله لا وطئت إلا مرة فيحنث إذا لم يكن قد وطئها جزما لانتفاء توجيه الوجه الأخير وهو التخيير لعدم إمكانه فلما لم يحتمل الاستثناء إلا وقوعه في الخارج حنث إذا لم يكن كذلك، ولهذا جزم الأصحاب بأنه إذا قال: ليس له علي إلا مائة بأن المائة تلزم ولم يخرجونها على هذا الخلاف فافهم ما ذكرناه، فإنها قاعدة نافعة، نعم ذكر الرافعي في آخر تعليق الطلاق قبيل الفروع المنقولة عن فتاوى القفال، أنه إذا قال إن كنت أملك إلا مائة فأنت طالق، وكان يملك خمسين فقيل يطلق جزما، وقيل على وجهين، وقد تقدم الكلام عليه هناك فراجعه.

قوله: في «الروضة» ولو قال والله لا أجامعك إن شئت وأراد تعليق الإيلاء بمشيئتها اشترط في كونه موليا مشيئتها، وإن أراد تعليق فعل الوطيء بمشيئتها كأنه قال: لا أجامعك إن شئت أن لا أجامعك، فلا يكون موليا كما لو قال لا أجامعك إلا برضاك، ولو قال لا أجامعك فإنما يصير موليا إذا شاءت أن يجامعها، ثم قال ما نصه: وإذا أطلق قوله إن شئت حملناه على عدم مشيئة المجامعة لأنه السابق أطلق إلى الفهم، انتهى كلامه.

وتعبيره بقوله على عدم المشيئة غلط يقتضي الوقوع إذا لم يشأ شيئا أصلا وهو غلط وصوابه ما في الرافعي وهو مشيئة العدم على عكس المذكور هنا.

قوله: ولو وصل اليمين فقال: والله لا أجامعك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا أجامعك أربعة أشهر فليس لمؤل على الأصح لأنها بعد مضي أربعة أشهر لا يمكنها المطالبة بموجب اليمين الأولى لانحلالها ولا بموجب الثانية لأن الأربعة فيها لم تمض.

قال الإمام: وهل يأثم الموالي بين هذه الأيمان، كما ذكرنا في ما إذا زادت اليمين على أربعة أشهر يلحظه لطيفة يحتمل أن لا يأثم لعدم الإيلاء ويحتمل أن يأثم إثم الإيذاء أو الإضرار لا إثم المؤلين، انتهى.

قال في «الروضة» : الراجح تأثيمه ، والأمر كما قاله، واعلم أنا قد استفدنا من تصوير الرافعي أن صورة المسألة أن يكون قد ذكر اسم الله تعالى في كل مرة، فإن لم يذكر ذلك بأن قال مثلا والله لا وطئتك أربعة أشهر، فإذا مضت فلا وطئتك مثلها فقال في «المطلب»: يكون مؤليًا وجهًا واحدًا لا يكاد يختلف فيه لأنها يمين واحدة واشتملت على أكثر من أربعة .

قوله: والقديم وهو محكي عن أبي حنيفة أن لفظ المباضعة صريح لأنه مأخوذ من البضع ، وقيل : بل مأخوذ من البضعة وهي القطعة، انتهى.

البضع بضم الباء هو الجماع كما قاله ابن السكيت قال ومنه ملك فلان بضع فلانة، والمباضعة المجامعة قال الجوهري: وحينئذ فيتجه ما قاله أبو حنيفة، وذكر غير الجوهري أن البضع يطلق أيضا على المهر، وحينئذ فقول الفقهاء ملك بضعها أي وطئها صحيح على الأول، وأما البضعة للقطعة فبفتح الباء وجمعها بحذف التاء كثمرة وثمر، وقيل بالكسر كبذرة وبذر.

قوله: في «الروضة» ولو قال : لا أطأك إلا في الدبر فمؤل، ولو قال لا أطأك إلا في الحيض أو النفاس .

قال السرخسي: لا يكون مؤليا لأنه لو جامع فيه حصلت الفيئة.

وقال البغوي في الفتاوى: هو مؤلى وكذا لو قال إلا في نهار رمضان أو إلا في المسجد، انتهى.

وما قاله البغوي قد جزم به في «الذخائر» وهو الذي لا يتجه غيره خصوصا في مسألة النفاس إذا لم تكن المرأة حاملا، وما ذكره من حصول الفيئة أراد به في الحال وجب ضرب المدة ثانيا لأن اليمين لم يرتفع فاعلم

ذلك، وقد صرح به الرافعي إلا أن النووي قد أسقطه من «الروضة».

قوله: ولو قال لا جامعتك جماع سوء لأنه لم يمنع من سائر أنواع الجماع، ولو قال: لا أجامعك إلا جماع سوء ووجع، فإن أراد أن لا يجامعها إلا في الموضع المكروه أو فيما دون الفرج فهو مؤل، وإن أراد الجماع الضعيف لم يكن مؤليا، انتهى كلامه.

وهذه المسائل يقع فيها تغيير في النسخ واشتباه، وأما المسألة الأولى فإنها مصدرة بلام القسم والهمزة وعدم الإيلاء فيها واضح لأنه ليس يخالف على ترك وطء بالكلية، بل على زيادة وطء قد لا يسوغ، ولهذا لم يعلله الرافعي، وأما الثانية فإنها مصدرة بلا النافية، والفعل بعدها ماض اتصل به تاء المتكلم، ويقع في بعض النسخ لأجامعك وهو صحيح ووجه كونه ليس مؤليا قد ذكره الرافعي، وأما الثالث فإنها بلا وإلا الدالان على الحصر والتفضيل الذي ذكره الرافعي فيها صحيح إلا أنه أهمل قسما ثالثا، وهو ما إذا أطلق ولم يرد شيئا والمتجه فيه أنه ليس بمؤل لأن الأصل عدم الحلف على القسم الذي يكون فيه.

الباب الثاني: في أحكامه

قوله: ولا خلاف في أن حيضها لا يمنع احتساب المدة، ثم قال: وفي النفاس وجهان: أصحهما على ما ذكره في «التهذيب» أنه كالحيض، انتهى.

وهنا الذي صححه البغوي هو الأصح كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «أصل الروضة» ولم يتعرض للمسألة في «المحرر».

قوله: في أصل «الروضة» ولو طلب الزوج وطء المرأة وهناك مانع شرعي مختص به كصومه الواجب وإحرامه فوجهان:

أحدهما: يلزمها التمكين لأنه لا مانع فيها وليس لها منع ما عليها من الحق، وأصحهما: المنع لأن موافقة عن الحرام وأعانه عليه، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن الرافعي قد ذكر في الكلام على ألفاظ «الوجيز» طريقة قاطعة يلزمها التمكين، وصرح بها في «الشرح الصغير» هنا فحذفها من «الروضة».

الأمر الثاني: أن التمكين على الوجه الثاني حرام صرح به جماعة منهم الغزالي حتى في «الوجيز» والتعليل يشير إليه وحينئذ فيكون المراد بالمنع إنما هو منع التمكين لا منع ما سبق وهو وجوب التمكين، وإن كان هو المتبادر إلي الفهم فتأمله.

قوله: في المسألة فإن جوزنا التمكين فلها المطالبة بأحد الأمرين وإن منعناها طالبت بالطلاق لأنه المضيق على نفسه، وقيل تقنع منه بفيئة اللسان، انتهى.

وهذا الخلاف قد أطلقه في «الروضة» أيضًا ومحله إذا امتنع من ذلك امتناعاً كليًا، فإن استمهل في الصوم إلى الليل أو كان يتحلل من إحرامه

عن قرب أمهلناه كما ذكره الرافعي بعد هذا.

قوله: لمن غصب دجاجة ولؤلؤلة فابتلعها يقال له إن ذبحتها غرمتها أي مع العصيان وإلا غرمت اللؤلؤة، انتهى كلامه.

واعلم أن من غصب حيواناً مأكولاً وذبحه فإن الذي يلزمه إنما هو رد اللحم مع أرش النقصان أن حصل ولا يلزمه مثل الحيوان ولا يمته كذا ذكره الرافعي فى أول الباب الثاني من أبواب الغصب وكلام المصنف هنا يوخم خلافه فاحذره، ولم يصرح الرافعي في باب الغصب بهذه الصورة التي ذكرها.

قوله: قد تكرر أن المؤلي بعد المدة يطالب بالفيئة أو الطلاق ويبين أن المقصود الفيئة لكنه يؤمر بالفيئة أو الطلاق إن لم يفء، قال الإمام: وليس لها توجيه الطلب لحق الفيئة وحدها، فإن النفس قد لا تطاوع بل يجب أن تكون المطالبة مترددة ، انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله عن الإمام وارتضاه ولم يعقبه بإنكار قد ذكر قبل ذلك في أول هذا الباب أعني الثاني ما يخالفه، فإن الغزالي في «الوجيز» قال: فإن لم يطأ رفعته إلى القاضي ليأمره بالفيئة فإن أبى طلق القاضي عليه، فتكلم الرافعي عليه فقال وقوله ليأمره بالفيئة إلى آخره يبين أنه لا مطالبة بالطلاق إبتداء، وإنما تطالب المرأة بالاستمتاع الذي هو حقها، فإذا لم يوف يأمره الحاكم بازالة الضرر عنها بالطلاق وهذا لفظ صاحب «التتمة» وعلي هذا فحيث قلنا: يأمره القاضي بالفيئة أو الطلاق تعبير عن مجموع ما أمر به هذا لفظه، وهو جازم بعكس المذكور هاهنا، وقد حذف النووي من «الروضة» الموضع المذكور في أول الباب، واقتصر على ما نقله عن الإمام، وعكس الرافعي في «الشرح الصغير»، وقد تبين لك أن العمرة على غير المذكور في الروضة».

قوله: ولو لم يصرح بالامتناع بل استمهل ليفيء أمهل بلا خلاف قدر ما يتهيأ لذلك الشغل، فإن كان صائما فحتى يفطر أو جائعا فحتى يشبع أو ثقيلا من الشبع فحتى يخف إلى آخره.

تبعه في «الروضة» على دعوى عدم الخلاف وليس كما إدعياه فقد حكى في «الذخائر» وجها أنه لا يمهل أصلا.

قوله: ولا تحصل الفيئة بالجماع في ما دون الفرج ولا بالإتيان في غير المأتي، انتهى كلامه.

وهذا الذي ذكره في الإتيان في غير المأتي يعني في الدبر تابعه عليه أيضا في «الروضة» وهو غير صحيح لأنه إذا حلف على ترك الوطء حنث بالوطيء في الدبر كما تقدم ذكره في أواخر الباب الأول، وإذا حنث إنحلت اليمين فلا يبقى معه مطالبة كما لو طالبه فلم تتفق الفيئة إلا بعد انقضاء المدة المحلوف عليها، فإن الأصحاب قد قالوا أن مطالبتها تسقط وينبغي أن يفرضوا هذه المسألة بما إذا كان الحلف على ترك الوطء في القبل.

قوله: وإذا حلف مرات ولم تحكم بتعدد اليمين لم يجب بالوطء إلا كفارة واحدة، وحيث حكمنا بالتعدد ففي الكفارة قولان:

أحدهما: أنها تتعدد بحسب تعدد الأيمان، وهذا ما رجحه الإما.

والثاني: أنه لا يجب إلا كفارة واحدة، وهو الأظهر عند الجمهور وسيعود القولان في الأيمان إن شاء الله تعالى، انتهى كلامه.

ولم يتعرض لحكاية القولين في الأيمان نعم حكى هناك وجهين في آخر الباب الثالث.

قوله: وقد بينا هناك أي في فصل التعيين أنه إذا اختلف الزوجان في الإصابة فالقول قول النافي إلا في مسائل إلى آخره.

وقد سبق هناك الاعتراض على هذ الحصر فراجعه.

قوله: في أصل «الروضة» فصل في فتاوى البغوي أن القاضي إذا طالب المؤلى بالفيئة أو الطلاق فامتنع منهما وطلبت المرأة من القاضي أن يطلق عليه لم يشترط حضوره في تطليق القاضي ، ولو شهد عدلان أن زيدا آلى ومضت المدة وهو ممتنع من الفيئة أو الطلاق لم يطلق عليه، بل لابد من الامتناع بين يديه كما في العضل فلو تعذر إحضاره بتمرد أو توار أو غيبة حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود، انتهى كلامه.

واعلم أن البغوي قد حكى في مسألة الفصل عدن إمكان الإحضار احتمالين:

أحدهما :ما جزم به هاهنا من أنه لابد من الامتناع بين يدي القاضي ورجحه أعني البغوي، وقاسه على المؤلي.

والاحتمال الثاني: أنه لا يشترط الإحضار بل يجوز أن يحكم بالعضل بشهادة الشاهدين، فجزم النووي بمسألة العضل، ثم قالس مسألة الإيلاء عليها وكلهاما عكس ما ذكره البغوي، وقد حكى الرافعي هذين الاحتمالين عنه فأسقطهما من «الروضة» غير أن الرافعي قاس الإيلاء على العضل.

كتاب الظهار

وفيه بابان:

الأول: في أركانه

قوله: فإن لم نجوز للكافر شراء رقبة مسلمة لإعتاقها عن كفارته فما دام موسراً لا يباح له الوطء ، ويقال له: إن أردت ذلك فأسلم وأعتق، وكذا لو كان معسراً وهو قادر على الصوم لا يجوز له العدول إلى الإطعام لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم كذا ذكره في «التهذيب» و«التتمة» وحكاه الإمام عن القاضي وتردد فيه من حيث أن الذمي مقرر على دينه فحمله على الإسلام بعيد.

وقد يجاب بأنا لا نحمله على الإسلام ولا نخاطبه بالصوم بل نقول : لا نمكنك من الوطء إلا هكذا إلى آخره .

وما نقله عن الإمام بحثًا من إسقاط اعتبار الصوم ولم يقف عليه منقولاً، وتابعه عليه أيضا في «الروضة» قد صرح بنقله الماوردي في باب حكم المهادنين فقال: وفي جواز إطعام الكافر فيها أي في كفارة الظهار وجهان :

أحدهما: يجوز لأنها إطعام .

والثاني: لا ، لأنه بدل عن الصيام هذه عبارته.

قوله: وإن شبهها بعضو يذكر في معرض الإكرام كقوله: أنت علي كعين أمي، وأطلق، فقال القفالك يحمل علي الكرامة.

وقال القاضي حسين: يكون ظهارا، ونظم «التهذيب» يشعر بترجيحه، ثم قال: ولو قال: أنت على كأمي أو مثل أمي ففيه وجهان:

بالمنع أجاب ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، والوجهان قريبان من الوجهين السابقين، أو هما هما ويشبه أن يرجح فيهما المنع ، انتهى.

وهذا الذي ذكره في آخر كلامه عجيب فقد نقل هو عن صاحب التهذيب« التفرقة بينهما، أو ذلك يمنع الاتحاد وبمثله أجاب القاضي الحسين، إلا أن الرافعي اقتصر على النقل عنه في إحدى المسألتين وغيار بينهما أيضًا جماعة كثيرون غير من ذكرناه وقد سلمت «الروضة» من هذا الاعتراض.

قوله في الكنايات : إنه يصير مظاهرًا إذا نوى .

لم يبين هنا حقيقة النية في الظهار وقد بينه صاحب «الشامل» في كتاب الطلاق تعليلاً لمسألة ما نصه: لأن معنى نية الظهار أن ينوي أنها كظهر أمه في التحريم هذه عبارته، وقد نقله عنه الرافعي في الباب الثاني في أركان الطلاق فيما إذا قال لأمته : أنت على حرام، وحذفه النووي من «الروضة» ظنًا منه أنه تعليل محض، وذكر صاحب «البيان» هناك نحو ما ذكره في «الشامل» .

قوله: ولو قال: إن ظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت علي كظهر أمي، فنكحها وظاهر منا فهل يصير مظاهرًا عن الأولى ؟

فيه وجهان: أصحهما: نعم لأن ذكر الأجنبية في مثل ذلك للتعريف دون الشرط، كما لقو قال: لا أدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها يحنث، ثم قال: والوجهان كالوجهين فيما إذا قال : لا أكلم هذا الصبي فكلمه بعد ما صار شيخا ونظائره ، انتهى كلامه .

وظاهره يقضي أن الصحيح في مسألة الصبي ونظائرها الحنث أيضًا وليس كذلك بل الصحيح المذكور في كتاب الأيمان أنه لا يحنث.

قوله: ولو قال إن ظاهرت من فلانة أجنبية أو هي أجنبية فهو كقوله: إن بعت الخمر فأنت طالق، أو كظهر أمي، ثم يأتي بلفظ البيع لا يقع الطلاق

ولا الظهار تنـزيلاً للفظ العقود علـى الصحة، وعند المزني ينـزل في مثل هذا على صورة الـعقد ومن الأصـحاب من وافـقه أيضا، فـإن في تعليق الطلاق بالمستحيل خلافا قد تقدم في كتاب الطلاق، انتهى.

وما ذكره من تقوية مقالة المزني ومن تبعـه بالتوجيه السابق غلط عجيب فإن قائله يقول بإلغاء التعليق وتنجيز الطلاق، والمزني ومتابعوه يقولون: لابد من وجود المعلق عليه لـفظا، وسأذكر المسألة إن شاء الله تعـالى واضحة في كتاب الأيمان لغرض متعلق بالمسألة يتعين معرفته.

قـوله: فرع: لـو قال: إن دخلت الدار فـأنت علي كظهـر أمي، فـدخلت وهومجنون أو فاسق فعن أبي الحـسين ابن القطان أن في حصول العود ولزم الكفـارة قولين، قال القـاضي ابن كج: وعندي أنهـا تلزم بلا خلاف كـما لو علق طلاقها بالدخول فدخلت وهو مـجنون، وإنما يؤثر الإكراه والنسيان في فعل المحلوف على فعله وهذا هو الوجه، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من ترجيح عدم التخريج على فعل المكره والناسي قد خالفــه في الباب الذي بعد هذا مخـالفة عجيـبة، وستعـرفه عند ذكري للفظه.

الأمـر الثـــاني: أن ما ادعــاه الرافعي من أن الثاني هو الوجه أي المتـجه عجيب، بل الوجه ما قاله ابن القطان في الناسي لأن وزان الطلاق المعلق إنما هو حصول الظهار لأنه المعلق، وابن القطان لم يخالف فيه، وإنما خالف في حصـول العود ووجـوب الكفارة، وهو أمر يطرأ بعـد وجود الظهـار، وقد حصل في حالة النسيان فكان كالفـعل في تلك الحالة، وأما المجنون فالوجه القطع بعـدم الوجـوب لأنه لو جن عـقب الظهـار لم يكن عـائدا، لأنه لم يمسكها بعد الظهار زمانًا يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق.

الباب الثاني: في حكم الظهار

قوله: من حكم الظهار الصحيح تحريم الوطء ، وهل تحرم القبلة واللمس بالشهوة وسائر الاستمتاعات؟ فيه قولان، أو يقال: وجهان.

ثم قال: وأما الأظهر من الخلاف، مال ابن الصباغ والإمام وصاحب «التتمة» إلى ترجيح التحريم، والأكثرون رجحوا القول الآخر، يويده أن التحريم منسوب إلى القديم ومقابله إلى الجديد، وحكى القاضي ابن كج طريقة قاطعة بعدم التحريم انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الشرح الصغير» ورجح في «المحرر» التحريم فقال: فيه قولان :

أولاهما : التحريم، وقد سلم النووي من هذا التعارض فإنه رجح في «المنهاج» من زوائده جوازه .

قوله: ثم عد الإمام هنا الصورة التي يحم فيها القبلة وسائر الإستمتاعات مع الوطء، والصورة التي يختص فيها التحريم بالوطء فقال: ما يحرم الوطء لتأثيره في الملك كالطلاق الرجعي، والردة، أو لحلها لغيره كالأمة المزوجة، أو لإستبراء الرحم عن الغير كزوجته المعتدة عن وطيء شبهة، فكل هذا يحرم فيه الإستمتاعات كلها، وما حرم الوطء بسبب الأداء لا يحرم الإستمتاع.

وأما العبادات المحرمة للوطء : فالإحرام يحرم كل استمتاع تعبدا، والصوم والاعتكاف، يحرمان كل ما يخشى منه الإنزال .

وإذا قلنا في الظهار لا تحرم القبلة واللمس ففي ما بين الركبة والسرة احتمالان.

أقواهما: أنه على الخلاف في حق الحائض.

والثاني: أنه كسائر الاستمتاعات وذكر الغزالي أيضا أنه يحرم الاستمتاع بزوجته المعتدة، كما ذكر الإمام وحكى البغوي فيه وجهين، انتهى ملخصا.

فيه أمور:

أحدها: أن الصحيح في المعتدة بالشبهة أنه يحرم الاستمتاع بها فقد صححه الرافعي في «الشرح الصغير» ولم ينقله عن الإمام كما نقله هنا، وكذلك أيضا صحح ما صححه الإمام من الخلاف المتقدم في ما بين السرة والركبة، فإن هذا التقسيم لم ينقله عن الإمام فيه كما فعل في «الكبير» بل أطلق القول به.

وقد حذف النووي من «الروضة» الترجيح المذكور فيما بين السرة والركبة، وحكى وجهين فقط فاعلمه.

وقد صرح القاضي الحسين بالمسألة وجزم بالتحريم ونقله عنه في «الكفاية».

الأمر الثاني: أن الخلوة بالمعتدة عن الشبهة حرام كما جزم به في الفصل الثاني من باب الاستبراء وفي أوائل القسم والنشوز أيضا، لكن نقلا عن المتولي من غير اعتراض عليه فتفطن له، فإن كلامه هنا يوهم خلافه.

الأمر الثالث: أن ما قاله الإمام من تحريم الاستمتاعات بالإحرام فإنما هو في غير النظر، أما الاستمتاع بالنظر فلا يحرم، كما صرحوا به في بابه وأشار إليه النووي، وسأذكر عبارته بعد هذه المسألة.

قوله: من زوائده وقول الإمام الإحرام يحرم كل استمتاع الصواب حمله على المباشرة بشهوة، وأما اللمس ونحوه بغير شهوة فليس بحرام كما سبق في الحج، والأمة الوثنية والمجوسية والمرتدة يحرم فيها كل استمتاع، وكذا المشتركة والمكاتبة ومن بعضها حر والله أعلم.

وما اعترض به النووي على الإمام في إطلاقه [الاستمتاع وأنه ينبغي

تقيده بما إذا كان بغير شهوة فغريب، فإن الاستمتاع][1] لا يطلق إلا مع الشهوة.

قوله: ويشبه أن يجيء في الاستمتاع بالمرهونة خلاف، انتهى.

لم يذكر الرافعي في المرهونة هنا غير هذا الكلام ولا يعرف منه الحكم فيها، وقد بينه الرافعي في باب الاستبراء فذكر أنه يجوز ولم يحك فيه خلافًا.

قوله: فرع: لو قال: أنت علي كظهر أمي يا زانية أنت طالق ففيه وجهان: قال ابن الحداد: هو عائد لأنه ممسك لها حالة القذف .

والثاني: لا كما لو قال يا زينب أنت طالق، وتردد الإمام في أن ابن الحداد هل يسلم هذه الصورة، انتهى كلامه .

واعلم أن الإمام ذكر عقب نقله لهذا التردد أن الأصح التسليم وقد نقله عنه في «الروضة» أيضا والعجب من ترك الرافعي له .

قوله: الثانية : قد سبق أن تعليق الظهار صحيح فلو علقه فوجد المعلق عليه وأمسكها جاهلا نظر إن علق على فعل غيره فلا يكون عائدا حتى يعلم ويمسكها بعد العلم وإن علق على فعل نفسه ونسي الظهار ، فالمشهور أنه يكون عائدا، ورأى صاحب «التهذيب» وغيره تخريج المسألة في الطرفين على حنث الناسي والجاهل وهو أحسن وهو الذي أورده صاحب «التتمة»، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما رجحه في حصول العود بفعل الغير من تخريجه على قولي حنث الناسي عند عدم العلم به قد سبق منه ما يخالفه في أواخر الباب الذي قبله مخالفة عجيبة فإن الموضعين كليهما من تفقهه لا من نقله، وتابعه

---

(١) سقط من أ.

في «الروضة» على ذلك.

الأمر الثاني: أن ما نقله عن المتولي من كونه خرج فعل الغير وفعل نفسه على الخلاف في حنث الناسي صحيح في فعل نفسه، أما في فعل الغير فهو غلط، فإن الذي قاله في «التتمة» أنه إن علق بفعل نفسه ففي مصيره عائدًا الخلاف في حنث الناسي، وإن تعلق بفعل غيره لم يصر عائدًا على المذهب، وقيل: يخرج على الناسي، قال: والفرق إن الشخص يشتبه عليه فعل غيره وقل ما يشتبه عليه حال نفسه.

قوله: والأظهر في الظهار تغليب مشابهة الطلاق على ما سبق فيكون الأظهر فيما إذا قال أردت التأكيد أنه لا يقبل، وكذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، انتهى كلامه.

وهكذا الذي رجحه من تغليب شبه الطلاق، قد ذكر ما يوافقه أيضًا في أثناء الباب السابق لكن سبق منه في أوائل كتاب الوكالة ما يقتضي خلافه، وقد سبق ذكر لفظه هناك.

كتاب الكفارات

وهي ثلاث خصال:

الأولى العتق

قوله: في «الروضة» ويشترط أن تكون النية مقارنة للإعتاق والإطعام، وقيل يجوز تقديمها عليهما؟ كما ذكرناه في الزكاة، انتهى.

وما ذكره من تصحيح المنع في الكفارة قد خالفه في كتاب الزكاة وهو «شرح المهذب» فقال في باب قسم الصدقات في الكلام على النية: أصح الوجهين جواز تقديم فيه الزكاة على الدفع، قال أصحابنا: و الكفارة والزكاة سواء في ذلك، وهذا هو الصواب وظاهر النص أيضا، انتهى ملخصا.

واعلم أن شرط الجواز في الزكاةأن تكون النية مقارنة للعزل كما تقدم إيضاحه هناك فراجعه.

قوله: وقول «الوجيز» ويصح الإعتاق والإطعام من الذمي بغير نية أي بغير نية التقرب، فأما نية التمييز فيشبه أن تعتبر كما في قضاء الديون، انتهى كلامه.

وما جزم به من وجوب نية أداء الدين واقتضى كلامه الإتفاق عليه حيث جعله أصلا وقاس عليه غيره قد أهمله النووي من «الروضة» أو هي مسألة نفيسة مهمة ينبغي إستحضارها، والحكم الذي قاله فيها صحيح، وقد صرح به الإمام في باب صفة الوضوء من «النهاية» ومحمد بن يحيى في كتاب الزكاة من « تعليقته » في الخلاف فذكر ما حاصله: أن نية التمييز في الدين ونحوه لابد منها بخلاف نية التقرب، وذكر نحوه في كتاب الصيام: فقال: والنية على ضربين: تقرب، وتمييز.

أما التقرب فكما في العبادات من الصوم والصلاة وهو اخلاص العمل

لله تعالى.

وأما نية التمييز فكما في أداء الدين فإنه يحتمل التمليك هبة وقرضًا فافتقر إلى قصد تمييزه هذه عبارته.

وصرح به أيضا الشيخ عز الدين في « القواعد الكبرى » في أثناء قوله: قاعدة في بيان متعلقات الأحكام في النوع الخامس والعشرين منه : ومثله أيضا القراءة ونحوها.

وقد صرح به أيضًا في «القواعد» قبل الموضع المتقدم بنحو ثلاث كراريس، قال: ولكن لا يشترط نية التقرب.

قوله: ويجزيء الأحمق وفسر بأنه الذي يضع الشيء في غير موضعه مع العلم بقبحه ، والمجنون لا يعلمه ، انتهى كلامه.

وهذا التفسير الذي ذكره للأحمق قد ذكر خلافه في القسم الثاني من تعلي الطلاق نقلا عن أبي العباس الروياني وأقره، وقد سبق ذكر لفظه هناك مع زيادات أخرى فراجعه.

قوله: فإن أعتق الذي لا يرجى زوال مرضه، فاتفق أن زال، فهل يجزىء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ، لأنه لم ينو كفارة صحيحة، وإنما هو كالتلاعب.

وأظهرهما عند الإمام : نعم، لأن المنع كان بناء على ظن قد تبين خلافه انتهى.

والصحيح ما رجحه الإمام كذا صححه النووي في أصل «الروضة».

قوله: ويجزئ الأعور والأعرج إلا أن يكون العرج شديدا يمنع متابعة المشي، انتهى.

والمراد هنا بالأعور إنما هو من لم يضعف نظر عينه السليمة.

قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: فإن ضعف بصرها فأضر بالعمل إضرارًا بينًا لم يجزئه.

قال صاحب «الحاوي»: إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع، وإلا فلا، وقد نبه في «الروضة» على ما ذكرناه.

قوله: ويجزئ الأخرس الذي يفهم الإشارة، وعن القديم منعه، وفيهما طريقان: أحدهما أن المسألة على قولين: وجه المنع أنه يعسر مناطقته، وأشهرهما: حمل النصين على حالين، ثم منهم من حمل الإجزاء على ما إذا فهم الإشارة، والمنع على ما إذا [لم يفهم، ومنهم من حمل المنع على ما إذا](١) انضم إلى الخرس الصمم، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن صاحب «التنبيه» قد جعل الشرط أن يفهم غيره إشارته، ولم يذكر غير ذلك، وهو عكس ما اقتصر عليه الرافعي من كونه يشترط أن يكون العبد هو الفاهم، وأقر النووي الأمرين فإنه لم ينبه في «الروضة» ولا في «تصحيح التنبيه» على ذلك.

الأمر الثاني: أن ما ذكره في كيفية حمل النصين قد تبعه عليه في «الروضة» وهو عجيب، فإن الكلام والنصين مفروضان في الذي يفهم إشارة غيره فكيف يحمل أحدهما على من لا يفهمها؟ وقد ذكر الطريقين في «النهاية» على وجه صحيح قريب في اللفظ مما ذكره الرافعي فتحرف عليه حالة النقل فإنه حمل المنع على ما إذا لم يفهم غيره إشارته فقال: حيث منع أراد إذا كان لا يفهم بإشارته، وحيث أجاز إذا كان يفهم بالإشارات هذا كلامه.

قوله من « زوائده » : قال الإمام: ولا يؤثر ضعف الرأي والخرق والكوع

---

(١) سقط من أ.

والوكع، انتهى.

أما الخرق فالبخاء المعجمة والراء الساكنة والقاف فهو نقيض الدقق في الأمر كذا فسره الجوهري ، وتفسير بعضهم بنقصان العقل يرجع إليه.

والكوع بالفتح هو الاعوجاج، يقال: رجل أكوع، وامرأة كوعاء.

وأما الوكع فهو بواو مفتوحة، ثم كاف ساكنة وعين مهملة أيضا ومعناه الكذب وقد وكع الرجل بالفتح وكعا ووكعانا أي كذب فهو واكع.

قوله: ولاموصي بمنفعته لا يجزئ على الأصح، والمستأجر إن قلنا: يرجع على السيد بأجرة منافعه أجزأه، وإلا فلا، لنقصان منافعه، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن حاصل ما ذكره تصحيح عدم الإجزاء، وكيف يستقيم ذلك في المستأجر والموصي بمنفعته مدة مع ما سبق من إجزاء المريض الذي لا يقدر على العمل ولكنه يرجى وكذلك الصغير والمجنون إذا لم يكن جنونه أكثر من إفاقته سواء كان مجنونا حال الإعتاق لا يمكنه الإكتساب أم لم يكن ونفقة الجميع في بيت المال؟

الأمر الثاني: أنه ينبغي التفطن إلى أن العتق نافذ في هذه الصور وأمثالها وإن منعنا الإجزاء عن الكفارة وقد سبق مثل ذلك في المكاتب ونحوه.

قوله: إذا أعتق عن الكفارة مرهونا بني على الخلاف في نفوذ عتقه إن نفذناه أجزأ عن الكفارة إذا نواها، وكذا إن لم تنفذه في الحال ونفذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق، ويكون كما لو علق عتق عبده عن الكفارة بشرط، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما أطلقه من الجواز قد تابعه عليه في «الروضة» هنا، وقيده في كتاب الرهن من زوائده فقال: وإن أعتقه عن كفارة غيره فلا يعتق لأنه

بيع، قاله القاضي الحسين في «فتاويه» وما نقله النووي عن الفتاوى المذكور قد رأيته فيها كذلك تصويراً وتعليلاً وهو تعليل قاصر موهم لأن الإعتاق على غير عوض، وكذلك لأنه هبة للرهن وهو ممتنع.

الأمر الثاني: أن ما ذكره أصلاً وتشبيهًا يشكل على ما سبق قبل هذا بأسطر في المكاتب، فإنه ذكر أن إعتاقه عن الكفارة لا يجوز، ثم قال: ولو قال له: إذا عجزت عن النجوم، فأنت حر عن كفارتي فعجز عتق ولم يجزئ عن الكفارة لأنه حين علق لم يكن بصفة الإجزاء وكذا لو قال لعبده الكافر: إذا أسلمت، أو قال: إن خرج الجنين سليمًا، ويحتمل أن يقال إذا لم يعتق عن الكفارة لم يعتق على ما مر نظيره في الإيلاء .

قوله: من زوائده: ولو أعتق عن الكفارة من تحتم قتله في المحاربة أجزأه ذكره القاضي حسين في «تعليقه»، انتهى.

وما ذكره من المنع مخالف لما نقله الرافعي قبل ذلك بنحو ورقة عن القفال وأقره فقال: ولو أعتق من وجب عليه قتل، قال القفال: إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل أجزأه وإلا فلا، كمريض لا يرجى هذا كلامه، فكف يستقيم المنع في القتل بعد التقديم مع إمكان العفو والجواز في المحارب مع تحتمه؟

قوله: والمغصوب يجزئ، وفيه وجه لنقصان التصرف، ولأن الغصب يمنع من الاستقلال، ثم قال: والآبق كالمغصوب، انتهى.

وما اقتضاه كلامه من جريان خلاف المغصوب في الآبق كيف يستقيم مع أن الآبق كيف يستقيم مع أن الآبق مستقل بخلاف المغصوب؟ ولهذا جزم الماوردي والفوراني وغيرهما بالإجزاء وقال في «الروضة»: إنه الصواب.

قوله : ولو ملك نصفاً من عبد ونصفاً من آخر فأعتق النصفين عن الكفارة وهو معسر فقيل : لا يجزئه، وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق،

وقيل: يجزئه وقيل: إن كان الباقي حرا جاز، وإلا فلا وهو الأظهر على ما ذكره الموفق وغيره انتهى ملخصا.

نقل صاحب «الشامل» أن الأكثرين على الجواز، لكن أطلق في «المحرر» و«الشرح الصغير» و«الروضة» تصحيح الثالث ويبقى النظر فيما لو كان باقي أحدهما فقط حرا وسيأتي شيء يتعلق به.

قوله: ولو كان عليه كفارتان عن ظهارين، أو عن ظهار وقتل، فأعتق عبدين عن كل واحد منهما، نصفا من هذا ونصفا من هذا، فالحكاية عن ص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يجزئه، وذكر الإمام وصاحب الكتاب ـ رحمهما الله ـ في «البسيط» أن منهم من أثبت خلافا، وحكى خلاف في كيفية وقوع العتقين فقيل: يعتق نصف كل واحد منهما عن كفارة كما أوقعه، وقيل: يقع عبد عن هذه الكفارة، وعبد عن الأخرى،ويلغوا قوله: النصف من هذا والنصف من ذلك، انتهى.

واعلم أن هذا الاختلاف في كيفية الوضوع لم يحكه الإمام ولا الغزالي وإنما حكاه صاحب «الشامل» وقال: إن الأكثرين على الأول، وإن الشيخ أبا حامد نقل الثاني عن نصه في «الأم».

وإذا علمت ذلك، علمت أن الثاني هو الصحيح، وأن تعبير الرافعي بقوله وحكى هو مضموم على البناء للمفعول، وقد أنكر ابن الرفعة هنا على الرافعي إثبات الخلاف الأول، وإنكاره غلط نبهت عليه في «الروضة».

قوله:ويجري الخلاف في ما لو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فعلى وجه: يعتد به وعليه إتمام كل واحدة من عبد عن كفارة أو يعتق عن كل واحدة نصفا من هذا ونصفا من هذا.

قال: ولا حاجة إلى هذا التقدير والتصوير،وظاهر إعتاق العبدين عن الكفارتين صرف عتق كامل إلى كل كفارة ، انتهى كلامه.

وهو كلام غير منتظم يدفع بعضه بعضًا، فإن صدر المسألة وتصويرها إنما هو في العبد الواحد، وآخرها صريح في أن الكلام في العبدين، ثم إن الصيرفي قال: ليس له مرجع بالكلية، وقد اتضح المراد بكلام الإمام، وأن الرافعي حاول نقله فأسقط منه مسألة، فإن الإمام قال: وقالوا ـ يعني: العراقيين ـ : لو قال: أعتقت هذين العبدين عن كفارتي فينفذ العتقان عنهما واختلف أصحابنا في كيفية الوقوع فمنهم من قال: يقع عن كل كفارة عتق عبد، ومنهم من قال: يقع عن كل كفارة نصاف العبدين ولا حاجة إلى هذا عندنا فإن ظاهر إعتاق العبدين عن الكفارتين صرف عتق كامل رلى كل كفارة، ولا معنى للحمل على التبعيض [واللفظ ليس يشعر به، والإعتاق المطلق لا يفهم منه في العرف التبعيض](١) والتشقيص، هذه عبارة الإمام.

وتلخص أن صدر كلام الرافعي مسألة مستقلة لم يذكرها الإمام، وهي: ما إذا أعتق واحدا عن كفارتين، وآخره كلام في المسألة التي ذكرها الرمام، وهي: إعتاق العبدين عن كفارتين فأسقطهما الرافعي أو الناقلون من المسودة، وقد مشى النووي على هذا الغلط،واختصر كلام الرافعي باجتهاده، فقال ويجري الخلاف في ما لو أعتق عبداً عن كفارتين ففي وجه يعتد به وعليه إتمام كل واحدة قال الإمام: ولا حاجة إلى هذا التقدير هذه عبارته.

فصرح الإمام [وحذف آخر كلام الرافعي المنقول عن الأمام](٢) وهو المرشد إلى الغلط، وحينئذ فلا يبقى لقوله ولا حاجة إلى هذا التقدير ارتباط ولم يفهم منه شيء بالكلية .

قوله: الثانية : إذا قال أعتق عبدك عن نفسك ولك علي كذا، أو علي كذا، فأجابه فهل يستحق العوض؟ فيه وجهان :

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

أصحهما: نعم، كما لو قال: أعتق مستولدتك، أو طلق زوجتك على كذا.

والثاني: واختاره الخضري: أنه لا يستحق، لأن ذلك إنما جوز في الطلاق والمستولدة على سبيل الإفتداء ضرورة أنه لا يمكن انتقال الملك فيهما، وهاهنا يمكن تمليكه بالشراء وغيره، انتهى كلامه.

واعلم أن ما ذكره هاهنا من حكاية الخلاف وجهين، ومن تصحيح وجوب العوض قد ناقض الأمرين جميعًا قبل كتاب الصداق في الفصل الرابع العقود لتزويج الإمام، وهو مترجم في «الروضة» بالباب الحادي عشر، وقد ذكرت لفظه هناك فراجعه.

قوله: ولو قال: أعتق عبدك عني على كذا بشرط أن يكون الولاء لك.

قال في «التتمة» في باب الخلع: المذهب المشهور أن هذا الشرط يفسد ويقع العتق عن المستدعي، وعليه القيمة، وفيه وجه أن العتق يقع من المالك ويكون الولاء له، انتهى كلامه.

وما نقله عن «التتمة» من لزوم القيمة تابعه أيضا عليه في «الروضة» وليس كذلك فإن الذي في «التتمة» أنه يلزمه القدر المسمى لا القيمة.

قوله: لا خلاف في أن العبد المعتق عن الغير باستدعائه يدخل في ملك المعتق عليه فلا عتق في ما لا يملكه ابن آدم، انتهى كلامه.

وما إدعاه من نفي الخلاف تابعه عليه في «الروضة» أيضًا وليس كذلك فقد صرح بالخلاف فيه الماوردي في «الحاوي» في كتاب الأيمان، وصاحب «الذخائر» في البيع في الكلام على شراء الكافر العبد السلم، وأشار الرافعي بقوله فلا عتق فيما لا يملكه ابن آدم إلى الحديث المشهور.

قال رحمه الله: الخصلة الثانية: الصيام

قوله: ويشترط في العبد كونه فاضلا عن حاجته كنفقته وكسوته ونفقة عياله وكسوتهم، ثم قال: ولم يقدر للنفقة والكسوة مدة، ويجوز أن تعتبر بكفاية العمر، ويجوز أن تعتبر بسنة لأن المؤنات تتكرر فيهما، ويتجدد الإعداد لها، وقد يؤيده أن صاحب «التهذيب» قال: يترك له ثوب للشتاء وثوب للصيف، انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ذكره من التوقف في هذه المسألة، وسكوت الأصحاب عنها غريب، فإن المسألة مشهورة في كتب الأصحاب المتقدمين والمتأخرين، إلا أنهم ذكروها في كتاب الأيمان، والذي نص عليه الشافعي وذهب إليه الجمهور وبه جزم الرافعي والنووي في «الروضة»: أن من يحل له أن يأخذ من الزكوات والكفارات فهو فقير يكفر بالصوم، ومن لا يحل له الأخذ فهو غني، وقال الماوردي: أن العبرة بكفاية الوقت، حتى أن التكفير بالمال قد يجب على من تحل له الزكاة والكفارة، وهو من كان عنده شيء فاضل عن قوته، وقوت عياله في ذلك الوقت، ولا يصير بفضلها غنيا، وعلى الأول، وهو اعتبار الأخذ من الزكاة، منهم من قال: يشترط أن يكون ثمن الرقبة فاضلا عن كفاية سنة وبه جزم البغوي في «فتاويه» وقال الأكثرون: يعتبر العمر الغالب.

والخلاف ينبني على أنه يأخذ من الزكاة كفاية السنة أو العمر؟ وقد تلخص من مجموع ذلك ثلاثة أوجه في المسألة.

الأمر الثاني: أن النووي ـ رحمه الله ـ قد قال من «زوائده»: إذن الصواب اعتبار السنة، واعتباره لذلك لا يلائم ما نقله بعد هذا عن

الجمهور، ووافقهم عليه أن من كان له رأس مال يتجر فيه ولو بيع لصار مسكينًا أنه يكفر بالصوم.

قوله: ولو كان ماله غائبا أو لم يجد الرقبة فلا يجوز العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في رمضان، بل يصبر إلى أن يصل إلى المال أو يجد الرقبة لأن الكفارة على التراخي. انتهى كلامه.

وهو صريح في أن الكفارة التي وجبت بسبب محرم لا تجب على الفور، وقد ذكر أيضا ما يقتضيه في كتاب التيمم في الكلام على ما إذا قدر على بعض الماء ـ وفي باب الوصاية، وفي الباب الثاني من كتاب الأيمان.

إذا علمت ذلك فقد ذكر ما يخالف هذه المواضع كلها في كتاب الصيام في أوائل صوم التطوع فجزم بأنها على الفور، ونقله أيضا في كتاب الحج في الكلام علي تحريم الجماع عن القفال من غير اعتراض عليه، وهناك ذكر ضابط أحوال الواجبات في الفورية والتراخ، وقد سبق ذكر عبارته في كل من الموضعين فراجعها.

وقد وقع هذا الاختلاف أيضا في «الروضة» وصرح في «شرح مسلم» في حديث المجامع في نهار رمضان بأنها على التراخي.

قوله: إحداهما يبين أن الموسر المتمكن من الإعتاق يعتق. انتهى.

اعلم أن الرافعي ـ رحمه الله ـ قد ذكر في كتاب الحجر أن السفيه حكمه حكم المعسر حتى إذا حلف وحنث كفر بالصوم، وفيه وجه حكاه في «الروضة» أنه يكفر بالمال، فاستحضر ما ذكرناه، فإن كلامهما هنا يقتضي خلافه، فإنهما تعرضا للذمي والمرتد والعبد والمبعض لكونهم لا يكفرون بجميع الخصال، وسكتوا عن من عداهم، فاقتضى ذلك عدم الاستثناء مع أنه ليس كذلك.

قوله: ولو شرع المعسر في الصوم ثم آيس لم يلزمه الإعتاق خلافا لأبي

حنيفة والمزني وبعض أصحابنا، ثم قال : واحتج الأصحاب للمذهب بأنه قدر علي البدل بعد شروعه في صوم البدل فلا يلزمه الرجوع إلى المبدل، كما لو وجد الهدي بعد الشروع في صوم السبعة، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أن هذا الاحتجاج على المزني غفلة عن مذهبه، فإنه قائل في صوم السبعة باللزوم أيضا، وقد نقله عنه الرافعي هناك.

الأمر الثاني: أن تقييده بالسبعة عجيب يوهم أن القدرة على الهدي بعد شروع المتمتع أو القارن في الثلاثة موجبة لإخراجه وليس كذلك، بل الحكم فيهما واحد كما صرح به في ذلك الموضع.

قوله في «الروضة»: فصل: العبد لا يملك بغير تمليك سيده قطعا . انتهى.

وما ذكره هنا من نفي الخلاف ذكره أيضا في مواضع من «الروضة» بعضها قلّد فيه الرافعي، وبعضها من تصرفه، وليس الأمر كذلك، بل فيه خلاف سبق بيانه وبيان المواضع التي أشرنا إليها في أواخر البيع في باب معاملات العبيد.

قوله: وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه فوجهان:

أحدهما: أنه له أن يصوم بغير إذنه، وهذا ما رجحه في «التهذيب»، وأصحهما عند الأكثرين وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يستقل بالصوم لأن لزوم الكفارة لا يلازم اليمين.

وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه ففيه طريقان:

أحدهما : وهو الذي أورده في الكتاب أن فيه وجهين :

أحدهما : أنه لا يصوم إلا بإذنه لأن الحلف هو السبب ولم يأذن السيد فيه.

والثاني: يجوز لأن الحنث يستعقب الكفارات.

والطريق الثاني: القطع بالجواز : وهذا هو الأظهر على طريقة إثبات الخلاف، انتهى ملخصا.

فيه أمران:

أحدهما: أن حاصل ما ذكره أن الاعتبار بالحنث وهو الذي صححه أيضا في «الشرح الصغير» هنا وصحح في «المحرر» في كتاب الأيمان أن العبرة بالحلف، وعبر بالأصح، ووقع الموضعان كذلك في «الروضة» و«المنهاج».

الأمر الثاني: أنه لم يصحح شيئا من الطريقين في المسألة الثانية وهو ما إذا حلف بغير إذنه وحنث بإذنه ، وكذلك أيضا في «الروضة» فإنه عبر بالمذهب وليس له فيه إصطلاح سوى أنه من الطريقين أو الطرق، والأصح منهما هو: طريقة الوجهين، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» فقال: فإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فوجهان أيضا، وأظهرهما : أن له ذلك وقطع به قاطعون ، هذا لفظه.

وقد علمت بأن اعتبار الحنث هو رأي الأكثرين فلتكن الفتوى عليه لا على المذكور في «المحرر» و«المنهاج».

قوله من زوائده : ولو أراد العبد صوم تطوع في وقت يضر بالسيد فله منعه، وفي غيره ليس له المنع حكاه المحاملي عن أبي إسحاق المروزي، بخلاف الزوجة فإن للزوج معها من صوم التطوع لأنه يمنعه الوطئ، وحكى في «البيان» أنه ليس للسيد منعه من صلاة النفل في غير وقت الخدمة إذ لا ضرر . انتهى كلامه.

فأما ما حكاه عن أبي إسحاق في صوم التطوع، وعن صاحب «البيان» في صلاة النفل فقد ذكر الرافعي في كتاب الأيمان في الكلام على تكفير العبد، وصحح الجواز، وتابعه عليه النووي فتأمل ذلك، وكلامه هنا يوهم

ضعف المنقول عن «البيان».

وأما تعليل منع الصوم بكونه يمنع الوطئ فيستشكل بأن لكل من الزوجين الخروج من التطوع بالجماع وغيره، لكنه أجاب في «شرح مسلم» بجواب أذكره إن شاء الله تعالى في كتاب النفقات مع زيادات أخرى يتعين الوقوف عليها، وقياس تجويز منع الزوجة من الصوم أن تكون الأمة الموطؤة كذلك ، فإن لم يطأها مع كونها تحل له ففي المنع نظر.

قوله: ومن بعضه حر وبعضه رقيق كالحر في التكفير بالمال على ظاهر المذهب . انتهى.

تابعه في «الروضة» على إلحاقه بالموسرين وفيه كلام أذكره إن شاء الله تعالى في أوائل النفقات.

قوله أيضا من زوائده: ولو أفطرت الحامل المرضع خوفا على أنفسهما فقال المحاملي في «المجموع» وصاحب «الشامل» والأكثرون : هو كالمرض، وفي «تجريد» المحاملي : أنه لا ينقطع قطعا، انتهى كلامه.

وما نقله ـ رحمه الله ـ عن «التجريد» سهو، والمذكور فيه الجزم بما قاله في « المجموع » وقال به غيره وهو إلحاقه بالمرض فإنه قال ما نصه: فأما الحامل والمرضع إذا أفطرتا، فإنهما إن أفطرتا لمرض لحقهما في أنفسهما فحكمهما حكم المريض، وإن أفطرتا خوفا على ولدهما فمن أصحابنا من قال: إنه كالمرض لأنه عذر، ومنهم من قال: إنه يقطع التتابع قولاً واحدًا. هذا لفظه على ما نقله بعضهم ، فمن أحب الوقوف عليه فليراجعه، وحينئذ فلا خلاف في المسألة.

قوله فيها أيضا: ولو أوجر الطعام مكرها لم يفطر ولم يبطل تتابعه، وهكذا قطع به الأصحاب في كل الطرق ، وشذ المحاملي فحكى في «التجريد» وجها أنه يفطر وينقطع تتابعه وهذا غلط . انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ادعاه من قطع الأصحاب في جميع الطرق بعدم الإفطار بالإيجار غريب : فقد حكى في كتـاب الصيام تبعا للرافعي عن الحناطي أن في الفطر بالإيجار وجهين.

الأمر الثاني: أن ما نقله ـ رحمه الله ـ عن «التجريد» غلط منه عليه فإن المحاملي لم يذكر فيـه خلافا، بل صرح بنفي الخلاف فقـال ما نصه: أما إذا أكره علي الفطر فإن أوجر الطعام والشراب لم يفطر قولا واحدا، وإن ضرب حتى أفطر فهل يفطر؟ على قولين، فإن قلنا: لا يفطر هنا، وفي القسم قبله فالصوم على حاله والتتـابع باق، وإن قلنا: إنه يفطر [إذا أكره وأكل فالتتابع ينقطع لأنه أفطر بسبب لا يعود إليه . هذا لـفظه بحروفه على ما نقله الناقل عنه في الفرع قبله وكأنه ـ رحـمه الله ـ يمسك بقوله، وإن قلنا أنه يفطر](١) هنا وفي القسم قبله ، ذاهلا عمـا صرح به قبل هذا من الإتفاق على أنه لو لم يصرح أيضا بنفي الخلاف لما أمكن إثبات خلاف بمجرد هذه اللفظة، فإنه إنما عطفه عليه لمشاركته له في التفريع.

قوله: وإذا أوجـبنا التـتابع في كـفارة اليمـين فحاضت فـي خلال الأيام الثلاثة فـقد قيل: هو كالإفطار بالمرض أي حـتى يكون فيه قولان، ويـشبه أن يكون فيه طريقـة قاطعة بانقطاع التتابع، لأن إيـقاع الثلاثة في الوقت الذي لا يطرأ الحيض فيه متيسر . انتهى.

وهذه الطريقة التي توقف الرافعي ـ رحمه الله ـ في أثنائها وحاول إثباتها تفقهًا قد صرح هو بهـا في الباب الثاني من كتاب الأيمان مع طريقين آخرين وسوف أذكر ذلك في موضعه لغرض آخر، ولم يستحضر النووي ذلك، بل شرع في إثبـات هذه الطريقة بنقلهـا من غير الـرافعي فقـال: قلت: صرح

---

(١) سقط من أ .

بالطريقة الجازمة الدارمي وصاحب «التتمة» فقالا: المذهب إنقطاعه.

ذكره الدارمي في كتاب الصيام، وفيه طريق ثالثا أنه لا ينقطع قطعا لأن وجوب التتابع في كفارة اليمين هو القول القديم، والمرض لا يقطع على القديم . هذا لفظه.

وما نقله عن الدارمي من حكاية طريقين صحيح، وأما حكايته إياهما عن «التتمة» فغلط عجيب، وإن كان قد عبر بالمذهب، فإن كون هذا اللفظ موضوعا للطريقين أو للطرق إنما هو إصطلاح من النووي، وكأنه لما تقرر عنده إصطلاحه وتكيف به نسي أنه من جهته.

قال رحمه الله: الخصلة الثالثة: الإطعام

قوله: اعلـم أن في تقدير الكفارة والـفطر وغيرهمـا نوع إشكال ، وذلك أن الصـيدلاني وغـيـره من الأئمة ذكـروا أن الاعتـبـار في ذلك بالكيل دون الوزن وأرادوا به أن المقدار الذي يحويه الصاع يـختلف وزنه باختلاف جنس المكيل ثقـلا وخفـة ، فالبـر أثقل من الشـعـيـر، وأنواع البر أيضـا قد تخـتلف أوزانها، فـالواجب الذي يحويه المكيال بالغـا وزنه ما بلغ، وذكر بعـضهم أن الذي قيل في وزن الصاع على ما قدمنا في زكاة الفطر كـأنه اعتبر فيه البر أو التمر ، وقـضية هذا الكلام أن يجزئ من الشعيـر ما هو دون ذلك المقدار في الوزن إذا كان مليء الصـاع، لكن اشتهر عـن أبي عبيد القـاسم بن سلام، ثم عن ابن سريج أن درهم الشـريعة خمسون حـبة وخمسا حـبة، ويسمى ذلك درهـم الكيل لأن الـرطل الشـرعي منه يركب، ويركب مـن الرطل المد، ومن المد الصاع .

وذكر الفـقيـه أبو محـمد عـبد الحق بن أبي بكر بن عطـية أن الحبـة التي يتركب منها الدرهم هي حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر وقطع من طرفها ما امتد.

وقضية هذا أن يحـوي الصاع هذا المقدار من الشعير، وحينئذ فـإن اعتبر الوزن لم يملأ أكـثـر بهـذا الوزن الصـاع، ولم ينتظم القـول بأن الواجب مـا يحويه المكيـال، وإن اعتبـر الكيل كان ما يحـوي من البر أكثـر مما يحوي من الشعير بالوزن . انتهى.

زاد النووي فقال: قلت: هذا الإشكال وجوابه قد أوضحته في باب زكاة المعشرات ، والله أعلم.

فيه أمران:

أحدهما: أن الإشكال وجوابه إنما أوضحهما النووي في زكاة الفطر لكنه قد أشار إلى شيء منه في زكاة المعشرات فاعلمه.

الأمر الثاني: أن الصواب في التقدير بالوزن المذكور إنما هو بالشعير كما قاله ابن عطية، فقد امتحنه ابن الرفعة بالعمل فوجده صحيحا فقال في تصنيفه المسمي «بالإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان»: أحضر إلى من يوثق به من الفقهاء الورعين مدا من خشب مخروط لم يتشقق ولم يسقط منه شيء وأخبرني أنه عايره على مد الشيخ محب الدين الطبري شيخ الحرم الشريف بمكة وأن الشيخ محب الدين المذكور ذكر أنه عايره على مد صح عنده بالسند أنه معاير على ما عوير على مد رسول الله ﷺ فامتحنته بما قال بعض أصحابنا وغيرهم أنه يقع به المعيار وهو الماش والعدس فوجدت كيله بها يزيد على المائتين زيادة كثيرة فاستحضرت أن الغالب على الظن أن المعيار إنما وقع بالشعير لأنه الغالب من أقوات أهل المدينة في الصدر الأول، كما دلت على ذلك الأخبار فاعتبرت بالشعير الصعيدي المغربل المنقى من الطين وإن كان فيه حبات من القمح يسيرة فصح الوزن المذكور بكيل المد المذكور.

ثم وزن فجاريته مائة وثلاثة وسبعين درهما وثلث دراهم بالمصري، ثم وزن من الشعير المقدار المذكور ووضع في المد المذكور فكان بقدره من غير زيادة عليه، وكان ذلك بحضرة جمع من أهل العلم الأخيار ففرحت بذلك وفرحوا فرحا شديدا، ومنه يظهر صحة قول من ادعى أن الرطل البغدادي مائة وثلاثون درهما، وبه يظهر أيضا صحة صنج الدراهم الموجودة حينئذ بمصر، هذا كلام ابن الرفعة.

قوله: ولو جمع ستين مسكينا ووضع بين أيديهم ستين مدا وقال: خذوا ونوى الكفارة، فأخذوا بالسوية أجزأه، ثم قال: فإن تفاوتوا لم يجزئه إلا واحدا، لأنا نتيقن أن أحدهم أخذ، انتهى ملخصا.

والإجزاء في هذه الحالة فيه إشكال لأن الكيل ركن في قبض المكيل، فتباينه فيه عن المظاهر يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض، ولهذا قال في كتاب البيع في الكلام على القبض: ولو قال لمستحق الطعام كل قدر حقك لم يصح في الأصح لأن الكيل أحد ركني القبض، وقد صار وكيلا فيه من جهة البائع فالمذكور هنا لا يأتي إلا على الوجه الضعيف.

قوله: ولا يجوز صرف الكفارة إلى هاشمي ومطلبي وكافر ولا إلى من تلزمه نفقته كزوجة وقريب . انتهى.

ذكر في «الروضة» مثله، واعلم أن الشيخ أبا إسحاق قد عبر في «التنبيه» أيضا بقوله : من تلزمه أعني ـ بالهاء ـ فاعترض عليه النووي في «التحرير» بأنه كان الصواب حذف الهاء ليتناول من يجب على غير المكفر الإنفاق عليه، فإن الدفع إليه أيضا ممتنع، وهذا الاعتراض وارد عليه في «الروضة».

قوله: وفي الأقط الخلاف المذكور في الفطرة، وفي اللحم واللبن خلاف، ثم قال: والخلاف كالخلاف في الأقط وأولى بعدم الإجزاء، انتهى كلامه.

وذكر النووي في «الروضة» نحوه، والأصح في الفطرة التفصيل بين اللحم واللبن فيجزئ إخراج اللبن، ولا يجزئ إخراج اللحم، هكذا صحح الرافعي هناك ، وتبعه عليه في «الروضة» فيكون هو أيضا الصحيح هاهنا فإنهما قد صرحا في هذا الباب بأن المجزئ في الفطرة يجزئ هاهنا، وأنه يجئ في كل باب ما يجئ في الآخر.

لا جرم أنه لم يتعرض لهما بخصوصهما في «المحرر»، بل أحال المجزئ هنا على المجزئ في الفطرة، وتبعه عليه في «المنهاج» وصحح النووي في «تصحيح التنبيه» هنا أن اللبن لا يجزئ على خلاف المذكور في هذه الكتب، وكأنه لما لم يجد في «الروضة» في هذه المسألة بخصوصها تصحيحا ورأى فيها أنه أولى بالمنع وذهل عن جميع ما قلناه صحح عدم الإجزاء، لكن

الأولوية لا تقتضي اختلافا في التصحيح، بل مقتضاها اشتراك الجميع في حكم واحد وبعضها أولى به من بعض كما صرح به الرافعي في كتاب التيمم.

قوله: وعن ابن خيران أنه يجوز له أن يعطي كل مسكين رطلي خبز وقليل أدم. انتهى.

هذه المسألة أسقطها النووي فلم يذكرها في «الروضة».

قوله: ويجوز العدول عن الصوم إلى الإطعام بالمرض، والأكثرون على أنه يشترط فيه أن يكون غير مرجو الزوال، وقال الإمام والغزالي: إذا كان المرض يدوم شهرين في غالب الظن فله العدول إلى الصوم، فعلى الأول لو كان غير مرجو الزوال فاتفق زواله نادرا فيشبه أن يلحق بما إذا أعتق عبدا لا يرجى زوال مرضه فزال، انتهى كلامه.

ومقتضى هذا التشبيه أن يكون الأصح هو الاكتفاء بذلك، لكن تشبيهه بالمغصوب إذا استناب في الحج ثم برئ أقرب مما ذكره، وحينئذ فيكون الأصح أنه لا يكفي.

[كتاب اللعان

وفيه ثلاثة أبواب:

الأول في: ألفاظ القذف وموجبه

قوله](١):ولو قال بالوطء فهو كناية . انتهى .

استدرك في «الروضـة» فقـال قد غلب في العـرف لإرادة الوطيء في الدبر، بل لا يفهـم منه إلا هذا فينبغي أن يقطـع بأنه صريح، وإلا فيـخرج على الخـلاف في ما إذا شاع لـفظ في العرف، كـقوله: الحلال عـلى حرام وشبهه، هل هو صريح أم كناية؟

وأما احتمـال كونه أراد على دين قوم لوط ﷺ فلا يفهـمه العوام أصلا ولا يسبق إلى فهم غيرهم ، فالـصواب الجزم بأنه صريح، وبه جزم صاحب «التنبيه» وإن كان المعروف في المذهب أنه كناية ، والله أعلم.

وهذا الذي قاله من زوائده قد خـالفه في «تصحيح التنبيـه» فجعله كناية كما جـعله الرافعي، والغريب أنه عبـر بالعبارة التي عبـر بها في «الروضة» وهي لفظة الصواب، فقال: والصواب أن قوله للرجل والمرأة يالوطي كناية.

قوله: وكذا لو قرطبه أو ديثه، أو قال للمـرأة : أصابتك فلانة ينسبها إلى السحاق فلا حد.

اعلم أن اللفظتين الأولتين مأخوذتان من القرطبان، والديوث بالثاء المثلثة في آخـره ، وقد فـسرهما الـرافعي في أثنـاء تعليق الطلاق، وأمـا السحـاق فبالسين والحاء المهملتين .

وأنشدنا شيخنا أبو حيان للعرب :

---

(١) بياض في ب.

يا عجبا لساحقات الورس الجاعلات الكس فوق الكس

وفيه دليل أيضا على أن التعبير عن فرج المرأة بهذا اللفظ عربي ولأجله أنشدنا رحمه الله إياه.

قوله: والحكاية عن الأصحاب أنه يجب عليه إظهار القذف ليستوفي منه الحد وتبرأ ذمته، فمن قتل إنسانا في خفية يجب عليه إظهاره، وفيه إحتمال أنه لا يجب لأنه إيذاء فعلى هذا لا نحكم بوجوب الحد، ونظم الكتاب يميل إلى ترجيح هذا الاحتمال، انتهى.

وهو يقتضي الإتفاق على الوجوب في القتل والقذف إلا على احتمال خاص بالقذف وهو غريب، فقد صرح البغوي بعدم الوجود فيهما جميعا واقتصر على الإستحباب ونقله عنه الرافعي في باب حد الزنا، وحذفه من «الروضة».

قوله في «الروضة»: ولو قال ابتداء: أنت أزنى مني، ففي كونها قاذفة وجهان حكاهما ابن كج. انتهى.

والصحيح فيهما عدم الوجوب فقد ذكر الرافعي بعد هذا أنه إذا قال: أنت أزنى من فلان، لا يكون قذفا على الصحيح إلا إذا أراده، ثم جعل الجميع خلافا واحدا، ولو لم يذكر الرافعي هذا لكان أخذ التصحيح من ما ذكره ثانيا واضحا أيضًا، فإن اختلافهما إنما هو بالتمثيل، والعجب من النووي في ما ذكره، بل كان الصواب حذف أحدهما أو التنبيه على ما نبه عليه الرافعي.

قوله: ولو قال للمرأة يا زان أو يا زاني كان قذفا على المشهور، ثم قال: وحمل الشافعي حذف الهاء على الترخيم، واعترض عليه بأن قول القائل: يازان، حذف منه حرفان، والترخيم إنما يحذف فيه حرف واحد، وأجيب بأنه إنما لا يزاد على واحد إذا كان ما قبل الآخر صحيحا، وأما حرف العلة فلا

اعتبار به، انتهى ملخصا.

والكلام [على] (١) هذه المسألة يتضح بما قاله النحاة فيها، وقد قالوا: إذا كان في الإسم تاء التأنيث فقال المبرد: لا يجوز ترخيمه إذا كان نكرة مقصورة نحو: ضاربة، وقاضية، والجمهور جوزوه مطلقا.

ثم إذا رخم بحذف تاء التأنيث جاز أن يرخم ثانيا بحذف ما قبلهما إذا بقي بعد حذفهما على ثلاثة أحرف سواء كان المحذوف ثانيا صحيحا نحو: ضاربة، أو معتلا نحو: قاضية وأرطأة، هذا مذهب سيبويه وبه ورد السماع، وذلك على تقدير أن المتكلم نوى الترخيم أولاً، ثم نوى الترخيم ثانيا حال النطق بالكلمة.

ومنع الجمهور هذا الحذف أي حذف الثاني، وتوسط شيخنا أبو حيان فأجازه، لكن على تقدير حذفهما معا .

وإذا تقرر ذلك علمت منه أمرين :

[أحدهما :] (٢) فساد الاعتراض على ما قرره سيبويه ، لاسيما أن ما ينطق به الشافعي يحتج به على جواز ذلك فكيف ما يصرح بحكمه ؟

الأمر الثاني: فساد الجواب الذي نقله الرافعي فإنه إن أراد ما ذكره من الحذف لم يتقيد الجواب بكونه حرف علة، وإن أراد حذف الحرفين معا كما في : منصور، ومفتاح، وجبريل، فله شروط منها: أن يكون الحرف المعتل ساكنا كما نقلناه وهو في مثالنا متحرك .

قوله: ولو قال زنيت في الجبل وصرح بالياء، أي: لا بالهمز، ففيه ثلاثة أوجه أيضا حكاها صاحب الكتاب والشيخ أبو الفرج السرخسي وغيرهما.

أصحها: أنه قذف.

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

والثاني: أنه ليس بقذف إلا أن يريده، لاحتمال أنه أراد الصعود ولين الهمزة، ويروى هذا عن صاحب « التلخيص » .

والثالث: الفرق بين الجاهل باللغة والبصير بها.

واعلم أن حكايته للوجه الثاني مخالفة لحكاية الغزالي فإنه قال في «الوجيز»: ولو قال: زنيت في الجبل وصرح بالياء، ثم قال أردت: الرقي وتركت الهمز ، قبل على وجه، ولم يقبل على وجه، ويفرق على وجه بين الجاهل والبصير باللغة.

وذكر مثله في «البسيط» و«الوسيط» ، وكذلك الإمام أيضًا .

ووجه المخالفة أن لفظ الرافعي يدل على عدم الإيجاب إلا إذا أراد القذف، ولفظ الغزالي يدل على الإيجاب إلا إذا أراد [القذف ، ولفظ الغزالي يدل على الإيجاب إلا إذا أراد][(١)] عدمه، وحينئذ فيظهر أثر المخالفة في ما إذا لم يقصد شيئا، فتعبير الرافعي يدل على عدم الإيجاب عند الغزالي، وليس كذلك ، بل تعبيره وتعبير الإمام أيضا يفيدان الوجوب كما ذكرناه.

نعم الذي نقله فيه عن السرخسي مطابق فقد رأيته في «الأمالي» له كما نقله عنه هاهنا.

قوله: من صرائح القذف أن يقول: زنى فرجك أو ذكرك، انتهى.

أطلق المسألة هنا ومحلها إذا قاله للواضح، فإن قاله للخنثى فقال في «البيان »: الذي يقتضيه المذهب أنه كإضافته إلى اليد حتى يكون كناية على الأصح، إلا أن يجمع بينهما فيكون صريحا، والذي قاله واضح، وقد نقله عنه الرافعي في باب حد القذف وارتضاه، وذكره في «الروضة» هنا مستدركا به على كلام الرافعي متوهما أنه لم يذكره في بابه.

---

(١) سقط من أ.

قوله من زوائده : ولو قال لإمرأة وطئك رجلان في حالة واحدة، قال صاحب «الحاوي» : يُعزّر ولا حد لاستحالته وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح فيعزر للأذى ولا يلاعن . انتهى كلامه.

وما نقله عن الماوردي وأقره عليه مردود بل يجب الحد لأنه قد يطأها رجلان في حالة واحدة أحدهما في القبل والآخر في الدبر، فانتفى ما قاله من الاستحالة.

نعم: إن صرح القاذف بمحل واحد فسلم.

قوله: ولو استلحقه النافي ثم قال له قائل: لست ابن فلان فهو كما لو قاله لغير المنفي، والظاهر : أنه قذف على ما سبق، وقد يقال : إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن الملاعن نفاه فالإستلحاق بعد النفي لا ينافي كونه نفاه فلا يبعد أن لا يجعل صريحا ويقبل التفسير به . انتهى .

استدرك عليه في «الروضة» فقال هذا الذي أورده الرافعي حسن من وجه، ضعيف من وجه، فحسنه: في قبول التفسير، وضعفه: في دعواه أنه ليس بصريح، والراجح فيه ما قاله صاحب «الحاوي» فقال: هو قذف عند الإطلاق فيحده من غير أن يسأله ما أراد، فإن ادعى احتمالا ممكنا كقوله: لم يكن ابنه حين نفاه قبل قوله بيمينه.

قوله: قال لقرشي لست من قريش ، أو يا نبطي ونحوه فقد يريد القذف وقد يريد عدم الشبه في الخلق أو الخلق أو اللغة إلى آخره.

أهمل قسما ثالثا نبه عليه في أول الباب وهو ما إذا قال: لم أرد شيئا فإنه لا يحد ولكن للخصم تحليفه.

قوله: وإذا أولج في دبر الرجل ، فنقل البغوي أنه تبطل حصانة الفاعل دون المفعول به لأن الإحصان لا يحصل بالتمكين في الدبر ، فكذا لا تبطل به الحصانة، ورأى هو أن تبطل حصانتهما جميعا لوجوب الحد عليهما. انتهى.

قال في «الروضة»: إبطال حصانتهما هو الراجح، وأي عفة وحرمة لمن

مكن من دبره مختارا عالما بالتحريم؟

قوله: القسم الثاني: الوطء الجاري في غير الملك كالوطء بالشبهة ووطئ جارية الابن، وفي النكاح الفاسد والنكاح بلا ولي ولا شهود، وفي الإحرام ونكاح المتعة والشغار ووطيء المكاتبة ووطيء الرجعية في العدة ، ففي بطلان الحصانة بها وجهان :

أحدهما: البطلان، ويحكى هذا عن اختيار أبي إسحاق، وذكر الروياني أنه أقرب.

والثاني: لا يبطل، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد وهو في وطء الشبهة أظهر، وقد رجحه فيه صاحب الكتاب . انتهى.

والأصح أن الحصانة لا تبطل بشيء من ذلك ، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وعبر بالأصح ، وفي «المحرر» أيضا وعبر بالأظهر.

واعلم أن قول الرافعي: وهو في وطء الشبهة أظهر معناه أن القول بعدم البطلان في وطء الشبهة أظهر من القول به في باقي الصور فافهمه، وليس المراد منه تصحيحه على خلاف باقي الصور فإنه خلاف مدلول اللفظ وخلاف ما في «الشرح الصغير» و«المحرر».

قوله من زوائده : قد جمع إمام الحرمين هذا الخلاف المنتشر مختصرا فقال: ينتظم منه ستة أوجه:

أحدها: لا تسقط الحصانة إلا ما يوجب الحد.

والثاني: يسقطهما هذا ووطيء ذوات المحارم بالملك، وهذا هو الأصح عند الرافعي في «المحرر» ، وهو المختار، إلى آخره.

وهذا الذي ذكره من سقوطها بشيئين فقط ليس كذلك، بل أهمل ثالثا تقدم ذكره في التقسيم السابق وهو: وطء الزوجة في دبرها، فإن الأصح عنده وعند الرافعي سقوط الحصانة أيضا به.

قوله: الثالثة: إذا قذف زوجته أو غيرها وعجز عن البينة على زنا

المقذوف، فأراد أن يحلفه على أنه لم يزن ففي تمكينه منه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: لا يحلف، لأن شريك بن السحماء الذي رميت به الملاعنة على عهد رسول الله ﷺ سئل فأنكر فلم يحلفه ﷺ.

والثاني: نعم، وهو الموافق لجواب الأكثرين، قالوا: ولا تسمع الدعوى بالزنا والتحليف على نفيه إلا في هذه المسألة. انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: أنه قد جزم في موضعين من كتاب الدعاوى بأن الخلاف وجهان على خلاف ما رجحه هاهنا.

أحدهما: في أوائل الباب.

والثاني: بعده في الكلام على الحالف، وتبعه في «الروضة» على هذا الاختلاف.

الأمر الثاني: وقد نبه عليه في «الروضة» أن العجز عن البينة ليس بشرط بل متى طلب يمينه جاء الخلاف، وشريك بفتح الشين المعجمة، والسحماء بسين مفتوحة ثم حاء ساكنة مهملتين والألف الممدودة مأخوذة من السحمة بضم السين وهو السواد، والمذكر أسحم، والمؤنثة سحماء، وسحماء، أم شريك المذكور، ويقال: هذا اللفظ، وما يصرف منه للسواد أيضا ولكن بالخاء المعجمة، والسحام سواد القدر خاصة.

قوله في «الروضة»: حد القذف وتعزيره حق آدمي يورث عنه ويسقط بعفوه. انتهى.

وما ذكره في التعزير من سقوطه بالعفو لم يتعرض له الرافعي هاهنا، وهومخالف لما ذكره في باب التعزير، فإنه صحح هناك جواز إستيفاء السلطان له مع العفو.

الباب الثاني
في قذف الأزواج

قوله: وما لم يكن هناك ولد لا يجب على الزوج القذف، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير طريق اللعان . انتهى كلامه.

وهو يوهم إنتفاء الوجوب فقط مع أن الأصحاب قد قالوا بأن الأولى ألا يلاعن، وقد نبه عليه «النووي».

قوله: فإن لم يستبرئ زوجته بحيضة أو استبرأها وأتت بالولد لما دون ستة أشهر من وقت الإستبراء فلا يحل له النفي ولا غيره بريبة يجدها في نفسه، وإن إستبرأها وأتت به لأكثر من ستة أشهر ففيه وجوه جمعها الإمام .

أحدها: أنه يباح له النفي، ولاأولى أن لا ينفي لأن الحامل قد ترى الدم.

والثاني: إن رأى بعد الإستبراء مخيلة الزنا التي تصلته على القذف أو تيقن الزنا جاز النفي، بل وجب، وإن لم ير شيئا لم يجوز.

والثالث: يجوز النفي سواء وجدت مخيلة وأمارة أو لم توجد، ولا يجب بحال لمكان التردد.

والاحتمال الأول من هذه الوجوه هو المذكورفي «التهذيب»، والراجح عند صاحب الكتاب، لأنه فصل بين المخيلة وغيرها، وكلام أصحابنا العراقيين يوافقه أو يقرب منه . انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن هذه الأوجه متداخلة فإن الثالث هو الأول، فرجعت إلى وجهين على مقتضى ما ذكره الرافعي.

واعلم أن الإمام قد قال: فيه وجهان صريحان وفي كلام الأئمة ما يدل

فحواه على ثالث.

أحدهما: يجوز مطلقا ولا يجب.

والثـاني: قاله العراقيـون: [إن لم ير مخيلة يجب ولا يجوز] (١) وإن رآها وجب.

ثم قـال ما نصـه: وإيجـاب النفي قد لا يتـجـه مع إمكان العلوق من الزوج، وهذا هو المسلك الثالث، هذه عبارته.

فعلمنا أن الثالث الذي إستخرجه من فحوى كلامهم أنه إن لم ير مخيلة فلا يجوز، وإن رآها جاز ولا يجب ، فوافق الـعراقيين في قسم دون قسم، ولا شك أن في كلام الإمام هنا غموضا، ولأجل ذلك التبس الأمر فيه على الغـزالي في «البـسـيط» فمـن بعده كـالرافـعي والنووي وابن الرفـعـة في «الكفاية».

نعم تفطن في «المطلب» إلى مـا يداخلها، ولم يتفـطن إلى الثالث الذي خفي إسـتخراجـه على هؤلاء الأئمة ووفـقنا الله تعالى له فلله الحـمد على ذلك.

الأمـر الثـاني: أن ما عزاه إلى صاحب الكتـاب والعراقيين من رجحان الأول غلط فإنهم إنما ذهبـوا إلى الثاني، وتعبيـر الرافعي يشير إليـه، وكأنه سقط مـن كلام الرافعـي لفظة واحدة، وهي الثـاني ، وأصله والراجح عند صاحب الكتاب هو الثاني ، لأن ذلك هو الذي ينتظم معه ما ذكره بعد ذلك ولأن الغزالي في «البسيط» حكى عن العـراقيين الوجه الثاني لا الأول، وقد وقع هذان الأمـران في «الشرح الصـغيـر» أيضًا على كـيفـية هي أشـد في الإعتراض في «الكبير» فإنه قال فيه ثلاثة أوجه: وحكاها ، ثم قال ما نصه: والإحتمال الأول أظهر، وإلى ترجيحه ذهب في الكتاب لأنه جوز النفي إذا

---

(١) سقط من أ ، ب .

رأى مخيلة إلى آخر ما ذكره والتأويل المتقدم في «الكبير» وهو سقوط لفظة الثاني لا يأتي هنا، وهو يبين أن اللفظة سقطت من خط الرافعي نفسه فلما لخص «الشرح الصغير» من «الكبير» مشى عليه ولم يتفطن لما فيه وتصرف في العبارة، وعبر بعبارة لا تحتمل ذلك التأويل.

الأمر الثالث: أن النووي في «الروضة» قد وقع في الإعتراض الأول وسلم من الثاني فإنه أصلحه باجتهاده فإنه حكى الأوجه كما حكاها الرافعي، ثم قال عقب ذلك ما نصه: وأصح هذه الأوجه الثاني صححه الغزالي، وبه قطع العراقيون وبالأول قطع البغوي.

قلت: جعل الرافعي الأوجه في ما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الإستبراء وكذا فعل القاضي الحسين والإمام والبغوي والمتولي، والصحيح ما قاله المحاملي، وصاحب «المهذب» و«العدة» وآخرون أن الاعتبار في ستة أشهر من حين يرمى الزاني بها ، لأن مستند اللعان زناه فإذا ولدت لدون ستة أشهر من حين زناه ولأكثر من سنة من الاستبراء أثبتنا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير وجوده كعدمه فلا يجوز النفي، وهذا واضح والله أعلم، هذا كلام «الروضة» وكلامه يوهم أن القاضي والبغوي حاكيان للأوجه ، وليس كذلك بل هما جازمان.

الأمر الرابع: أن الغزالي في «الوجيز» قد جزم بالجواز إذا رأى مخيلة وصحح المنع إذا لم يرها وهو غير الأوجه الثلاثة.

قوله: ولو كان الزوج يطأ ويعزل لم يكن له النفي في الأصح ، وفي المجامعة في ما دون الفرج وجهان أظهرهما: أنها لا تمنع.

ثم قال: وفي إتيانه في غير المأتي وجهان يقربان من هذين الوجهين. انتهى.

وهذه المسألة الأخيرة وهي الإتيان في غير المأتي ـ يعني الدبر ـ قد

اختلف فيـها كلامه، وكـذلك كلام «الروضة» أيضا فراجـع المسألة من آخر الاستبراء .

قوله : وإن أتت بولد أسود والزوجان أبيـضان أو بالعكس فإن لم ينضم إليه مخيلة الزنا لم يجز النفي، وإن انضمت أو كـان يتهمها برجل فأتت بولد على لون ذلك الرجل فوجهان:

أظهرهما عند القاضي أبي الطيب والشيخ أبي حامد : أنه لا يجوز لأن العرق نزاع.

وأرجحهما عند البندنيجي والقـاضي الروياني وغيرهما : الجواز . انتهى ملخصا.

والراجح المنع فـقـد قـال الرافعـي في «الشرح الـصغـيـر» : إنه أولى الوجهين، والنووي في زوائده: إنه أصحهما.

قوله: الثانية : إذا أتت بولد يحتمل أن يكون من الزوج لكونه رأها تزني، واحـتـمل أن يكون من الزنا أيضـا فـلا يبـاح له نـفي الولد، وهل له القـذف واللعان؟ حكى الإمام عن العراقيين والقاضي أنه ليس له ذلك قال: والقياس جوازه فحصل وجهان ، والمشهور المنع. انتهى ملخصا.

وإطلاق النقل عن العراقيين مردود فقد قال في «المهذب»: إن غلب على ظنه أنه ليس منه بأن علم أنه كان يعزل عنها أو رأى فيه شبه الزاني لزمه نفيه باللعان ، وإن لم يغلب على ظنه لم ينفه.

وقال صاحب «الحاوى»: إذا وطئها ولم يستبرئها ورأها تزني فهو بالخيار بين اللعان بعد الـقذف أو الإمساك، فأمـا نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه نفاه، وإن غلب عـلى ظنه أنه منه لم يجز نفيـه، وإن لم يظن أحد الأمرين جاز أن يغلب حكم الشبه.

قـال في «الروضة» من زوائده: وهذا هو القـياس الجـاري على قاعـدة اللعان.

الباب الثالث: في ثمرة اللعان

قوله: وثمرته نفي النسب وقطع النكاح وتحريمها مؤبدا ودفع المحذور الذي يلحقه بالقذف وإثبات حد الزنا عليها . انتهى ملخصا.

وليست الثمرة منحصرة في ما ذكره بل من ثمراته أيضا سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه وكذا إن لم يسمه على خلاف فيه.

ومنها : سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم يلاعن كما سيأتي.

ومنها : تشطير الصداق قبل الدخول.

ومنها: استباحة نكاح أختها وأربع سواها.

قوله: وإن قذف الكبيرة بزنا ثبت بالبينة أو بالإقرار عزر ولم يلاعن في أصح القولين ، ثم قال : والتعزير الواجب في هذه الصورة إنما يستوفي بطلبها ، وحكى الإمام وجها أنه يستوفيه السلطان على سبيل الإيالة، والمذهب الأول . انتهى.

وما ذكره هنا من توقف التعزير على طلب صاحبه تابعه عليه في «الروضة» ، لكنهما قد ذكرا في آخر باب التعزير أن مستحق التعزير إذا عفي عنه جاز للإمام إقامته في أصح الوجهين بخلاف العفو عن الحد فإن الإمام لا يعزر عليه في الأصح ، لأن التعزير يتعلق أصله بنظر الإمام فلم يؤثر فيه إسقاط غيره بخلاف الحدود فإنها مقدرة لا نظر للإمام فيها ، فإذا ثبت على ما قالاه هناك جواز إقامة الإمام له بعد عفو صاحبه فكيف تتوقف إقامته على طلبه ؟ وذكر أيضًا هناك ما حاصله أن الراجح عدم وجوب التعزير إذا طلبه مستحقه، ورأى الإمام أن المصلحة في العفو، وقول الرافعي على سبيل الإيالة هو بكسر الهمزة، وبالياء بنقطتين من تحت وهو السياسة.

قوله: ويعتبر في اللعان أهلية اليمين وذلك بالتكليف ، لأن المعروف عند

أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة، وقيل هو يمين فيها ثبوت الشهادة . انتهى.

واعلم أنه سيأتي في كتاب الأيمان أن لفظ أشهد كناية على الصحيح لابد فيها من النية ، وحينئذ فإن لم تشترط النية هاهنا كان مخالفا لما قرروه في بابه، وإن شرطناها فالقاضي لا يطلع عليها، وقد قالوا: إن ما يشترط فيه الشهود فلا مدخل فيه للكناية لأن الشهود لا يطلعون على النية ، وإذا امتنع لهذا المعنى فالمتوقف على القاضي أولى ومقتضى كلامهم هنا هو الأول ولهذا لم يتعرضوا إلى إرشاد القاضي الحالف إلى النية.

نعم أشار الرافعي في كتاب الأيمان إلى طرف من المسألة، فقال: لو قال الملاعن : أشهد بالله وكان كاذبا ففي وجوب الكفارة [وجهان:

أصحهما: نعم، والخلاف شبيه بالخلاف في وجوب الكفارة][1] على المؤلي إذا وطيء.

قال الإمام: والصورة مفروضة في ما إذا زعم أنه قصد اليمين أو أطلق وجعلنا مطلقه يمينا، قال: ويمكن أن يجئ الخلاف، وإن قصد غير اليمين، لأن ألفاظ اللعان مفروضة عليه في مجلس الحكم ، ولا أثر للتورية في ذلك المجلس . هذا كلامه، والذي ذكره أخرا مردود لأن التورية هو صرف اللفظ عن مقتضاه وإذا كان مطلقة لا يكون يمينا لم يكن عدم النية تورية لاسيما نية العدم.

واعلم أن الرافعي قد أهمل قيد الاختيار ولابد منه فإن لعان المكره باطل.

قوله: الثانية : لو بانت زوجته أو أبانها بخلع أو ثلاث طلقات أو فسخ، أو كانت رجعية فبانت بانقضاء العدة، ثم قذفها إما بزنا مطلق أو بزنا مضاف

---

(١) سقط من أ.

إلى حالة النكاح فينظر إن كان هناك ولد يلحقه فله اللعان للحاجة.

ثم قال: ولو كان هناك فهل له اللعان قبل الإنفصال؟ روى المزني ـ رحمه الله ـ في «المختصر» : إن له ذلك ، وفي «الجامع الكبير» : إنه يؤخره إلى الانفصال، وللأصحاب طريقان : أصحهما : أن فيه قولين :

أحدهما: أنه لا يلاعن قبل الإنفصال لأن هذا اللعان ينفي الولد فيعتبر تحققه فقد يكون هذا الذي يجده ريحا وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد وجماعة.

والثاني: له ذلك كما في صلب النكاح، وهذا أظهر عند أكثرهم ومنهم صاحب «التهذيب» و«المهذب».

والطريق الثاني وبه قال أبو إسحاق : القطع بالمنع . انتهى كلامه.

وما ذكره هاهنا من ترجيح اللعان في الحمل قد خالفه في «الشرح الصغير» فقال ما نصه: ولو كان هناك حمل فأصح القولين أنه لا يلاعن قبل الانفصال لأن هذا اللعان كنفي الولد فيعتبر تحققه ، هذا لفظه.

وكلام «المحرر» يشعر به أيضا لأنه شرط وجود ولد.

قوله : الثالثة : قذف زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية، فإن لم يكن هناك ولد لم يلاعن، وإن كان فوجهان:

أحدهما: لا يلاعن ، وبه قال أبو إسحاق، وهو الأرجح عند الشيخ أبي حامد ، وجماعة لأنه مقصر [بذكر](١) التاريخ.

والثاني: نعم ، وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة، وأبو علي الطبري، وهو أصح عند القاضي أبي الطيب، ومال الإمام والروياني وغيرهما إلى ترجيحه . انتهى ملخصا .

وقد اختلف كلام الرافعي في هذه المسألة ، فصحح في «المحرر» أنه لا

(١) في ج: بذلك.

يلاعن فقال: ولا لعان إذا قذف زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح إن لم يكن ولد، وكذا إن كان في أظهر الوجهين، وذكر عكسه في «الشرح الصغير» فقال: وأظهرهما عند أكثرهم: أن له اللعان. هذا لفظه، ولم يذكر ترجيحا غيره، ونقل في «الروضة» من زوائده ترجيح «المحرر»، ثم قال: وهو قوي.

وقد علمت أن الفتوى على خلاف المذكور فيها، وفي «المحرر»، لكن الأكثرون، كما صرح به الرافعي على خلافه فتفطن له.

قوله: فرع: قذف زوجته وهي بكر، ثم طلقها قبل اللعان فتزوجت غيره ووطئها وصارت محصنة، فقذفها الثاني ثم طالبت فلاعن كل واحد منهما وامتنعت هي من اللعان فقد ثبت عليها بلعان الأول زنى بكر وبلعان الثاني زنى محصن، وفي ما عليها وجهان:

أحدهما: الرجم فقط لأن شأن الحدود التداخل.

والثاني: وبه قال ابن الحداد أنها تجلد ثم رجم.

قال الشيخ أبو علي: وهو ظاهر المذهب. انتهى.

والذي رجحه الشيخ أبو علي قد صححه النووي في أصل «الروضة» ولم يصحح الرافعي شيئا من الوجهين في كتاب الحدود.

قوله: ولو قال لها: وطئت بشبهة وهناك ولد فمنهم من أطلق في جواز اللعان وجهين، وقال الأكثرون: إن لم يعين الواطيء بالشبة أو عينه فلم يصدقه فالولد ملحق بالنكاح وله نفيه باللعان، وإن صدقه وادعى الولد عرض على القائف فإن ألحقه بالواطيء فلا لعان، وإن ألحقه بالزوج فلا لعان أيضا إذا كان يمكن أن لا يلحقه القائف به، واللعان إنما شرع حيث لا طريق سواه، فإن لم يكن قائف ترك حتى يبلغ الصبي فينتسب، لكن لو انتسب إلى الزوج نفاه، إذ لا طريق الآن سواه.

ولقائل أن يقول: إن كان النظر إلى آخر الأمر، ووقت انقطاع الطمع عن انتفاء النسب بطريق آخر فهذا المعنى حاصل في ما إذا ألحقه القائف بالزوج فليجر اللعان، وإن كان النظر إلى الإبتداء، وتوقع الانتفاء بطريق آخر، فهذا المعنى حاصل فيما إذا توقفنا إلى بلوغه وانتسابه، فليمتنع اللعان إذا انتسب إلى الزوج . انتهى ملخصا .

فيه أمران :

أحدهما: أن حاصله الجزم بأن الولد يعرض على القائف إذا اتفق الزوجان على أن فلانا وطئها بشبهة، وأن الولد منه، ووافقهما الواطيء على ذلك، وهذا الذي ذكره من العرض عليها عند اتفاقهم على ذلك، قد خالفه في باب دعوى النسب وهو قبل كتاب العتق فذكر أن الاتفاق لا يكفي، بل لابد من [البينة] (١) على الوطء ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى.

الأمر الثاني: أن هذا الإشكال الذي ذكره الرافعي على التفريق بين القافة والانتساب غير وارد على هذه المسألة في الحقيقة فإنه إنما أورده بناء على التعليل الذي ذكره هو، وللتفريق معنى آخر غير هذا في غاية الظهور والجودة لا يرد عليه هذا، وهو أن القافة كالبينة، فلذلك قلنا: إذا ألحقت الولد بالزوج ليس له أن يلاعن بخلاف الإنتساب، فظهر أن التفريق حق لا إشكال فيه، فلو علل الرافعي بهذا لم يرد عليه شيء.

وقد جزم ابن الرفعة بأن للزوج أن يلاعن إذا ألحقت القافة الولد به علي العكس مما جزم به الرافعي، ولم يحك فيه خلافا أصلا، وهو غريب، وكأنه لم ينظر الرافعي في هذا الموضع.

نعم جزم الروياني في «البحر»: بأنه يلاعن موافقا لما قاله.

---

(١) في جـ : التنبيه.

قوله: ولو اقتصر على قوله ليس هذا الولد مني، فعن صاحب «التقريب» حكاية تردد في أنه هل يلاعن؟ والذي أجاب به المعظم: أنه لا يلتفت إلى ذلك، ويلحق الولد بالفراش إلا أن يستند التفريق إلى سبب معين ويلاعن . انتهى كلامه .

وهذا الذي ذكره من إشتراط بيان سبب النفي، ذكر بعد ذلك في الركن الرابع ما يعضده أيضا فقال: وإذا كان هناك ولد فعليه ذكره في الكلمات الخمس فيقول : وأنه من الزنا وليس مني ، ثم قال: فإن اقتصر على أنه ليس مني فالمشهور :أنه لا يكفي لاحتمال أنه يراد له عدم المشابهة خلقًا أو خلقًا وفيه وجه . انتهى كلامه .

وقد ذكر موضعين يخالفان هذين الموضعين :

أحدهما: قبل هذا بنحو كراس، وهو في أوائل الشرط الثاني من الركن الثالث، فقال: الثانية إذا وطيء امرأة في نكاح فاسدأو بشبهة ، فإن ظنها زوجته أو أمته ثم قذفها وأراد اللعان ، فإن كان هناك ولد منفصل فله اللعان،وحينئذ فينتفي به النسب ويسقط به أيضا حد القذف تبعا، وفي «أمالي» السرخسي وجه في نظير المسألة : أنه لا يسقط لعدم الزوجية وإنتفاء الضرورة.

ثم قال ما نصه: وكان يمكنه أن يقتصر على أن الولد ليس مني ولا يقذفها . انتهى.

وهو صريح في عكس المتقدم، وذكر مثله أيضا قبل ذلك في أوائل الباب، فقال متعقبا لكلام الغزالي أشار بهذه اللفظة إلى أنه لو نفى الولد ولاعن حكم بنفوذه في الظاهر، ولا يكلف بيان السبب الذي بنى عليه النفي، لكن يجب عليه في ما بينه وبين الله تعالى رعاية الأسباب وبناء النفي على ما يجوز البناء عليه . انتهى كلامه.

ووقعت هذه المواضع أيضا فى «الروضة» وأفرد الأخير بفرع ولم يعزه إلى الغزالي.

والمفتى به من ذلك هو: عدم الجواز، فقد نص عليه الشافعي في «الأم» في أوائل كتاب اللعان، وقال ما نصه: ولو قال رجل لأمرأته: وقد ولدت هذا الولد: ليس بإبني، قيل له: ما أردت؟ فإن قال: زنت به لاعن، أوحد إذا طلبت ذلك، فإذا لاعن نفى عنه الحد، وإذا سكت لم ينتف عنه ولم يلاعن، وإن طلبت الحد حلف ما أراد قذفها، وإن حلف بريء وإن نكل حد أو لاعن، وذلك أنه يقال: قد تستدخل المرأة ماء الرجل فتحبل، فلذلك لم نجعله قذفا ولا تلاعن بينهما حتى يقذفها بالزنا فيحد أو يلتعن لأنه الموضع الذي جعل الله فيه اللعان لا غير. انتهى لفظه بحروفه ومن «الأم» نقلته.

واستفدنا منه أيضا جواز دعواها إرادة القذف وحلفها عليه عند نكوله.

فإن قلت: إذا علم الزوج أن الولد الذي ولد على فراشه ليس منه ولم يعلم هل هو من زنا أو من وطء شبهة ؟ فلا يقبل قوله: إنه ليس مني، لأنه قد تقرر أن الجمهور والنص على اشتراطه بيان السبب، ولا سبيل إلى رميها بالزنا لأنه لا يعلم ضروره منها، وكذلك وطء الشبهة، وحينئذ فكيف السبيل إلي نفيه؟ قلت: اعتراض ظاهر، ولم يتعرض له الرافعي ولا النووي، وطريق الجواب عنه أن يقال: ينسبه إلى وطء غير حلال فإنه إن كان من زنا فدخوله في كلامه واضح ، وإن كان من وطء شبهة فيدخل أيضًا لأنه لا يوصف بحل ولا حرمة على الصحيح، وهذا الجواب إستفدته من كلام الإمام في «النهاية» فإنه قال: فصل: اللعان لا يجري إلا بعد أن تنسب المرأة إلى وطء محرم في النكاح، وإن أوجبنا قلنا: إلى وطء لا يحكم بتحليله حتى لا يمنع وطء الشبهة عن الدخول تحت موجب الكلام فإذا أتت المرأة بولد في النكاح لمدة يحتمل أن يكون العلوق بها في النكاح

وثبتت الولادة بلا نزاع فأراد الرجل أن ينفيه ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنه لا يملك نفيه ما لم ينسبه إلى وطء غير حلال . هذا كلامه.

قوله : إحداهما : إذا قذف زوجته برجل معين ، فإن ذكره في اللعان سقط حده وإن أغفله فقولان : أصحهما على ما ذكره الروياني : أنه لا يسقط . انتهى ملخصًا .

والذي صححه الروياني هو الصحيح ، كذا صححه الرافعي في «الشرح الصغير» والنووي في «أصل الروضة» وعبرا جميعا بالأصح .

قوله: واستدل بقصة العسيف إلى آخره .

وقد ذكر في آخر الحديث من أن بعث أنيس إنما كان لأجل أن يخبرها بأن الرجل قذفها، لا للفحص عن زناها، وقد اختلف فيه كلامه، فقال في الوكالة: إنه لاستيفاء الحد منها بالوكالة، وقال في أخر باب القضاء على الغائب : إنه لأجل سماع الدعوى على المخدرة ، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء الله تعالى.

والعسيف: بعين مفتوحة وسين مكسورة مهملتين، ثم ياء بنقطتين من تحت ومعناه: الأجير ، وقد فسره الرافعي بذلك.

قوله: ولو قال لزوجته: زنيت وأنت مجنونة أو مشركة أو أمة، ولم يعلم حالها، فالقول قولها في الأظهر، ثم قال: ويجيء القولان في ما لو قال : أنت أمة في الحال فقالت: بل حرة، ولا يجيئان فيما لو قال: أنت كافرة في الحال فقالت: بل مسلمة، لأنها إذا قالت أنا مسلمة حكم بإسلامها . انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن ما جزم به من الحكم بالإسلام إذا اعترف الشخص بكونه مسلما قد ذكر في كتاب الردة ما يخالفه، وسوف أذكر لفظه هناك إن شاء

الله تعالى.

الأمـر الثـاني: أن الحكم بإسلامـها الآن كيف يدفع وجـوب الحد لأن الإسلام وإن إستـفـدناه بقولهـا: إني مسلمـة، فذلك مـتأخـر عن التنازع، والتنازع مـتـأخـر عن القـذف والإسلام الطـارئ، لا ينعطف حكمـه علي الماضي؟ فإذا إنما حكمنا به من حين الاعتراف ، فأمـا قبل ذلك فعلى قياس سائر المجهولين .

الأمر الثـالث: أن الشافعي قد نص في «الأم» فـي مسألة الإسلام على قبول قولهـا فقال ما نصه: وإذا قذف الرجل المرأة فقـال: أنت أمة أو كافرة فعليـها البينة أنـها حرة مـسلمة والقول قـوله مع يمينه إن لم تكن بينة، لأنه يوجد منه الحد . انتهى لفظه بحروفه من «الأم» نقلته.

ذكر ذلك في كتاب اللعان الذي بعد باب الشك في الطلاق في آخر باب الوقت في نفي الولد .

قوله: وإذا كـان هناك ولد ينفيه تعـرض له في الكلمات الخمس فيـقول: وأن الولد الذي ولدتيـه أو هذا الولد ـ إن كان حاضـر ـ من الزنا وليس مني، فلو قال: هو من زنا واقتصر عليه ، فوجهان:

أجـاب كثيرون بأنه لا يكـفي ولا ينتفي به الولـد لأنه قد يعـتقـد الوطء بالشبهة أو في النكاح الفاسد زنا.

وأصحـهمـا علي ما ذكـر في «التهـذيب» : الاكتفـاء حمـلا للفظ على حقيقته . انتهى.

وإيراده يشعـر برجحان الأول من جـهة النقل لكنه صـحح في «الشرح الصغيـر» أنه يكفي وعبر بالأصح، وصححـه النووي أيضا في «الروضة» ، ولـم ينبـه على أنه من زياداته، بل أخله في كـلام الرافـعي فتـفطن له فـإنه غريب .

قوله: في أصل «الروضة»: فرع: يشترط في لعان الرجل والمرأة أن يأمر الحاكم به فيقول للملاعن: قل: أشهد بالله أني لمن الصادقين إلى أخرها، انتهى.

هذا الكلام ليس فيه تصريح بوجوب تلقين كلمات اللعان كلها، بل يوهم الإكتفاء بتلقين أوله وليس كذلك بل صرح الرافعي بوجوب تلقين الجميع.

قوله: ثم المفهوم من كلام الأكثرين، وفي «الشامل» وغيره التصريح به أنه: يصح لعان الأخرس بالإشارة وحدها وبالكتابة وحدها، وذكر المتولي أنه إذا لاعن بالإشارة أشار بكلمة الشهادة أربع مرات، ثم بكلمة اللعن ويشير إلى كلمة الشهادة أربع مرات، ولا يتكلف أن يكتب أربع مرات . انتهى كلامه.

ذكر مثله في «الروضة» وهو يشعر بأن المتولي قائل بالصحة منه بالإشارة مع قدرته على الكتابة، وليس كذلك، فقد قال ـ أعني الرافعي ـ في كتاب الطلاق: وقال المتولي: إنما تعتبر إشارته إذا لم يقدر على الكتابة المفهمة، فإن قدر فالكتابة هي المعتبرة لأنها أضبط، وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت ، هذا كلامه، ثم حكى بعد ذلك وجها آخر عن حكاية الحناطي والقاضي أبي الطيب في «المجرد» أن الكتابة وحدها لا تكفي، بل لابد معها من الإشارة.

قوله: في المسألة: وأما قول الغزالي في الوجيز: عليه أن يكتب مع الإشارة أو يؤرد اللفظ عليه ناطق فيشير بالإجابة فلم يقله أحد من الأصحاب وإنما قال الإمام: لو قال به قائل لكان قريبا، وحكاه في «البسيط» من بعض الأصحاب، ولا يعرف عن غيره، انتهى كلامه.

وما نقله عن الإمام من كونه قد ذكر ذلك بحثًا فليس كذلك أيضًا، فإن الذي ذكره الإمام ما نصه: ولو كان في الأصحاب من اشترط الكتابة إن كان

يحسنها أو يشترط من ناطق أن ينطق بالصيغة ويشير إليه بها، ويقول: تشهد هكذا؟ فهذا يقرب بعض القرب هذا كالمه، فاكتفى بالكتابة، ولم يشترط الإشارة معها.

قوله: ولو لاعن الأخرس بالإشارة ثم عاد نطقه وقال: لم أرد اللعان بإشارتي، قبل قوله في ما عليه فيلحقه النسب والحد، ولا يقبل في ماله، فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد، ولو قال: لم أرد القذف أصلاً لم يقبل. انتهى.

والذي ذكره من وجوب الحد تابعه عليه في «الروضة» وهو خلاف ما نص عليه الشافعي في «الأم» في باب من أبواب اللعان مذكور بعد باب لاشك في لاطلاق، فإنه قال في ما إذا ادعى أنه لم يقذف، ولم يلتعن: إنه لا يحد ولا ترد إليه.

قوله: فمنها التغليظ بالزمان وذلك بالتأخير إلى ما بعد صلاة العصر فإن لم يكن طلب حاث فليؤخر إلى يوم الجمعة، ذكره القفال وغيره، ووجه بما اشتهر عن رسول الله ﷺ أن في الجمعة ساعة لا يوافقها عبد مسلم يصلي يسأل الله شيئا إلا أعطاه، قال كعب الأحبار: هي الساعة بعد العصر، واعترض عليه بأنه ﷺ قال: يصلي، والصلاة بعد صلاة العصر مكروهة، وأجاب بأن العبد في الصلاة ما دام ينتظر الصلاة . انتهى كلامه.

والصواب في تفسير ساعة الإجابة ما فسرها به رسول الله ﷺ وهي حين يجلس الإمام على المنبر إلى أن تقضي الصلاة، كذا رواه مسلم في صحيحه من رواية أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما.

قوله: أحدها: من لا ينتحل ديناً كالزنادقة والدهرية لا تغلظ عليهم بالمكان وغيره عند الأكثرين . انتهى.

وما ذكره في تفسير الزنديق قد خالفه في باب صفة الأئمة، وكتاب الفرائض وقتل المرتد، فذكر في الجميع أنه الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر، والصواب هو المذكور هنا.

قوله: الثانية: الحائض تلاعن عند باب المسجد ويخرج إليها الحاكم أو يبعث إليها نائبًا والمشرك والمشركة يمكنان من المكث في المسجد، واللعان فيه في حال الجنابة والحيض ولا يؤاخذان بتفاصيل الأحكام المتعلقة بحق الله تعالى، هذا هو الظاهر وفيه وجه مذكور في آخر الباب الخامس من كتاب الصلاة، انتهى كلامه.

وما ذكره من تمكين الحائض المشركة من المكث في المسجد على الظاهر وأن فيه وجهًا سبق هناك عجيب، فإن المجزوم به هناك هو: المنع، وتخصيص الخلاف بالجنب يوهم هنا أن الخلاف السابق فيها معا وليس كذلك، وقد سبق ذكر لفظه هناك فراجعه.

قوله: فعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من حلف على منبري على يمين آثمة ولو شراك وجبت له النار، انتهى.

الشراك: بكسر الشين العجمة هو: السير الذي في أعلى النعل تدخل فيه الرجل للاستقرار.

قوله: ومنها: إذا فرغ من الكلمات الأربع أمر القاضي رجلا أن يضع يده على فيه فلعله ينزجر، انتهى.

واعلم أن الغزالي في «الوجيز» قد ذكر أن الواضع يده يأتي من ورائه فقال: وأن يأتيه رجل من ورائه عند الخامسة فيضع يده على فيه، هذا لفظه، ونسيه الرافعي، فلم يتعرض له في الشرحين معا، وكأنها سقطت من مسودة «الكبير» نسياناً أو لغلط في نسخة «الوجيز» المشروح ، وقد ذكره الغزالي أيضًا في «الوسيط» و«البسيط» وأمام الحرمين في «النهاية».

قوله: ولو أتت زوجته بولد فنفاه بعد الولادة باللعان، ثم ولدت آخر فله حالان:

أحدهما: أن يكون بينهما دون ستة أشهر منهما حمل واحد، فإن نفى

الثاني بلعان آخر انتفى الأول، وإن لم ينف الثاني بل استلحقه أو سكت عن نفيه مع إمكان النفي لحقاه جميعا، ولكن لا يلزمه الحد عند السكوت لأنه لم يناقض كلامه الأول، واللحوق حكم الشرع، وهذا بخلاف ما لو حصل اللعان بعد البينونة، ثم أتت بولد آخر قبل ستة أشهر فسكت عن نفيه لزمه الحد، كما لو استلحقه.

والفرق أن اللعان بعد البيونة لا يكون إلا لنفي النسب، فإذا ألحق النسب لم يبق للعان حكم، فحذفاللعان في صلب النكاح يتعلق به مقاصد من درء الحد، ووقوع الفرقة ونفي النسب، فإذا ألحق النسب نفى سائر المقاصد التي تفرد باللعان ، انتهى كلامه.

وما ذكره من كون اللعان بعد البينونة لا حكم له إلا قطع النسب ليس كذلك، بل له فائدة أخرى وهو تأبد التحريم على أظهر الوجهين.

قوله: في المسألة: الحال الثاني: أن يكون بينهما ستة أشهر فصاعدا، فالثاني حمل آخر،فإننفاه باللعان انتفى أيضا، وإن استلحقه أو سكت عن نفيه لحقه، ولا يمنع من ذلك كونها بانت بعد اللعان لاحتمال أنه وطئها بعد وضع الأول فعلقت قبل اللعان فتكون حاملا حال البينونة فتصير كالمطلقة ثلاثا إذا ولدت لدون أربعةسنين من وقت الطلاق يثبت نسبه للمطلق لاحتمال كونها حاملا وقت الطلاق فلا يلزمه من لحوق الثاني لحوق الأول، وهذا الذي ذكرناه من لحوق الثاني رذا لم ينفه هو الصواب، وبه قطع الأصحاب وقال في «المهذب»: ينتفي الثاني بلا لعان لحدوثه بعد الفراش، وهذا ليس وجها آخر بل الأشبه أنه سهو والتوجيه الذي ذكره ممنوع، انتهى كلامه.

وما ذكره في آخر كلامه من تغليط «المهذب» في هذه المقالة قد تابعه عليه النووي في «الروضة» وكذلك ابن الرفعة في «الكفاية» فإنه نقل تغليط الرافعي له ووافقه عليه وليس الأمر كما زعموه، فقد جزم بذلك شيخه

القاضي أبو الطيب في «تعليـقته» ثم ذكر مـا استند إليه الرافعي مـن القياس على المطلقة ثلاثاً فإنه تكلم أولاً على مـا إذا أتت امرأته بولد فنفاه باللعان، ثم أتت بعده بولد آخر لدون ستة أشهر، ثم تكلم بعد ذلك على ما إذا أتت به لأكثـر من ذلك وهي المسألة التي أجاب فـيها صاحب «المهـذب» بما تقدم فقــال ـ أعني القاضي ـ ما نصه: فـأما إن أتت به لستة أشـهر فصاعـدًا فإن الولد الثاني ينتفي عنه بغـير لعان هذا لفظه بحروفه، ثم استـدل عليه فقال: لأنه لا يجوز أن يكون منه علـى وجه يلحقه، فـإنه حمل حادث، فـإما أن يكون [الزوج قد وطئـها بعد فـرقة اللعان فـيكون زنا فلا يلحقـه، وإما أن يكون](1) من غيره فلا يلحق به .

فإن قيل: هلا قتلتم إنه يلحق به كما قلتم أن رجلا لو طلق امرأته ثلاثا واعتدت بثلاثة أقراء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا، ولدون أربع سنين إن ولدها يلحقه؟ قلنا: الولد هناك إنما لحقـه لجواز أن تكون قد حملت منه قبل الطلاق ويكون الدم الذي رأتــه حيـضــا: على الجـديد، ودم فـســاد: على القـديم، وليس كــذلك في الطلاق لأنا تحـققنا أن الولد هــناك حادث بعــد الطلاق لأن الله تعــالى قد أجـرى العادة بأن لا يتـوسط بين الوضعـين مدة حمل، فـوزان مســألتنا من مسألة الـطلاق أن تطلق امرأته ثلاثا فـتأتي بولد لأكثرمن أربع سنين من وقت الطلاق فلا يلحقه لأنه لا يمكن أن يكون منه، هذا كلام القاضي أبي الطيب ذكـره في أثناء أبواب اللعان في باب ما يكون قذفا ومالا يكون بعد ورقتين من أوله فأخذ الشيخ كلام شيخه، وجزم به في «المهذب» والعـجب من موافـقة ابن الرفـعة على الإنكار مع كثـرة نقله عن التعليقة المذكورة .

تم الجزء السابع بحمد الله وعونه

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

---

(١) سقط من أ.

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات الجزء السابع